

HORST V. FUCHS

**FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE
E SUA EFETIVAÇÃO
SOB A ÓTICA DA HODIERNA CONSTITUIÇÃO**

Vitória
2007

HORST V. FUCHS

**FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO A SAÚDE
E SUA EFETIVAÇÃO
SOB A ÓTICA DA HODIERNA CONSTITUIÇÃO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado das Faculdades de Vitória- FDV, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais.

Vitória
2007

HORST V. FUCHS

**FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO A SAÚDE
E SUA EFETIVAÇÃO
SOB A ÓTICA DA HODIERNA CONSTITUIÇÃO**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz
Orientador

Prof Dr Carlos Henrique Bezerra Leite

Prof Dr Mário Lúcio Quintão Soares

Vitória, 11 de setembro de 2007.

Ao criador Jeová Deus que todas as coisas nos provê, fonte inabalável de força e poder.

À Elvira, minha mãe, sempre ao meu lado, compreensiva e paciente.

A minha irmã que, incondicionalmente, me apoiou no decorrer destes estudos.

A meus amigos que, mais uma vez, compreenderam minhas ausências para a consecução de mais esta etapa de minhas pesquisas.

À Rosana Zazari, que admiro

E nenhum residente dirá: “Estou doente.” O povo que mora na [terra] serão os a quem se perdoa seu erro.

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	5
RESUMO.....	8
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO	13
1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	22
1.1 HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS	23
1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE	24
1.2.1 Da Modernidade à Pós-modernidade.....	24
1.2.1.1 Aspectos sociais e econômicos	24
1.2.1.2 As Mudanças no Âmbito do Direito.....	33
1.2.2 Pós-modernidade e os Direitos Fundamentais no Século XXI.....	36
1.3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA	38
1.3.1 Princípios e sua relação com o ordenamento jurídico.....	40
1.3.2 Princípio da Dignidade Humana.....	45
1.3.3 Princípio da Igualdade.....	55
1.3.4 Colisões de Princípios.....	58
1.3.5 Intrepretação e Efetivação	60
2 CONSTITUIÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	63
2.1 ORIGEM DO ESTADO	63
2.2 MODOS DE ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO.....	64
2.2.1 Estado Liberal	65
2.2.2 Estado Social	66
2.2.2 Estado de bem-estar social.....	68
2.2.3 Estado democrático de direito.....	70
3. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	76
3.1 CONCEITO DE SAÚDE PÚBLICA	76
3.2 CONCEITO DE EFETIVAÇÃO	80
3.3 ESTRUTURA JURÍDICA E POLÍTICA DO SISTEMA DE SAÚDE EM PORTUGAL NO ÂMBITO DA OCDE.....	81
3.3.1 Saúde Pública: Definição e Objetivos	82

3.3.2 Políticas de Saúde Pública.....	85
3.3.3 Princípios dos Sistemas Públicos de Saúde	88
3.3.4 Formas de Financiamento dos Sistemas de Saúde.....	90
3.3.5 Formas de Prestação dos Serviços dos Sistemas de Saúde.....	91
3.3.6 Formas de Aplicação dos Recursos – Rede Hospitalar	94
3.3.7 Gastos <i>per capita</i> em Saúde.....	95
3.3.8 Direito Fundamental à saúde em Portugal e no Brasil.	99
3.4 ORÇAMENTO PÚBLICO E SISTEMAS DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL.	101
3.4.1 Histórico dos Orçamentos	103
3.4.1.1 Origem e Evolução Orçamentária.....	103
3.4.1.2 Evolução Orçamentária no Brasil	106
3.4.1.3 Perfil dos gastos com saúde no Brasil.....	111
3.4.2 Princípios Orçamentários	113
3.4.2.1 Princípio da Unidade	114
3.4.2.2 Princípio da Universalidade	115
3.4.2.3 Princípio da Anualidade ou Periodicidade	116
3.4.2.4 Princípio da Exclusividade.....	117
3.4.2.5 Princípio da Legalidade	117
3.4.2.6 Princípio do Equilíbrio.....	119
3.4.2.7 Princípio da Discriminação ou Especialização	120
3.4.2.8 Princípio da Não-afetação das Receitas.....	123
3.4.2.9 Princípio da Publicidade	127
3.4.2.10 Princípio da Clareza	129
3.4.2.11 Princípio da Exatidão.....	130
3.4.3 Políticas Econômicas e o Papel do Orçamento do Estado	130
3.5 NORMAS DO DIREITO POSITIVO E ANÁLISE DO SISTEMA DE ATENDIMENTO À SAÚDE PÚBLICA.....	134
3.5.1 Sistema Único de Saúde – SUS	136
3.5.1.1 Preceitos Constitucionais	136
3.5.1.2 Preceitos infraconstitucionais	141
3.5.2 Sistema de Saúde Suplementar.....	144
3.6 NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA	153
3.6.1 Direito Fundamental à Saúde Pública como Direito Objetivo.....	154
3.6.2 Direito Fundamental à Saúde Pública como Direito Subjetivo	155

3.6.3 Princípio da Reserva do Possível	156
3.6.4 Princípio da Garantia do Mínimo Existencial.....	158
3.6.5 Encontrando o Núcleo Essencial do Direito à Saúde.....	159
3.7 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS DE SAÚDE.....	171
3.8 RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DO ATENDIMENTO À SAÚDE PÚBLICA	176
3.8.1 Relação Jurídica entre Paciente e Estado	176
3.8.2 Reparação de Danos na Prestação de Serviços de Saúde Pública.....	178
3.9 INEFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL.....	181
3.9.1 Reflexos da Corrupção na Execução das Políticas Públicas de Saúde..	182
3.9.2 Ineficaz operação de emergência	184
3.9.3 A quem aproveita o colapso na saúde pública?	184
3.9.4 Programa Nacional de Publicização – Organizações Sociais: Inconstitucionalidade.....	186
3.9.5 Estudo de casos regional	190
CONCLUSÃO.....	195
REFERÊNCIAS.....	208
ANEXOS	217
ANEXO A	218
ANEXO B	219

RESUMO

A Constituição brasileira vigente garante o acesso da população aos sistemas de saúde, definindo-a como um serviço fundamental e garantido pelo Estado. Todavia, são comuns as omissões do Poder Executivo e, por consequência, demandam o Poder Judiciário para obter acesso a tratamentos, principalmente medicamentos de alto custo; este por sua vez, reiteradamente, tem concedido a tutela a pacientes que não conseguem arcar com a terapia. O Estado possui uma estrutura deficiente e insuficiente para atender as demandas, alegando falta de recursos; tal movimento provoca uma busca por sistemas privados de serviços à saúde. Este quadro nos conduz a uma análise do ambiente de saúde suplementar e respectiva legislação; também exige estudos dos sistemas orçamentários existentes em nosso ordenamento jurídico. Verificamos o tratamento legislativo pelo qual passam os orçamentos e o nível de acompanhamento da sociedade. Pertinente se mostrou, portanto, o estudo da origem do Estado e sua finalidade, fazendo uma breve abordagem de sua evolução, até chegar aos nossos dias, onde encontramos uma constituição que desenha um Estado sob uma vocação social, mas oferece uma estrutura precária. Sob a forma como se organiza e escolhe prioridades, analisamos o Estado Liberal e o Estado Social. A divisão das atribuições do Estado criou a base para, mais adiante, considerarmos o papel de cada um na efetivação do direito à saúde. Uma sondagem, embora superficial, nos sistemas jurídicos e físicos de saúde em Portugal e na OCDE também se mostrou oportuna e edificante, trazendo lições imprescindíveis para estabelecer um paradigma para o sistema brasileiro de saúde. Conclui-se que as políticas de saúde exigem uma reavaliação do processo orçamentário, o fortalecimento da estrutura física de saúde com melhores hospitais, clínicas e profissionais. Todavia, as políticas de saúde devem ser mais abrangentes: abrangem toda a estrutura executiva do Estado, alcançando até mesmo as políticas econômicas e de educação, principalmente a básica e a fundamental. Concernente ao alcance das políticas de saúde, não há no ordenamento jurídico um esteio objetivo para gastos com pacientes em terapias e medicamentos, obrigando perscrutar um método juridicamente aceitável para o Poder Executivo saber como agir diante da demanda que pacientes lhe fazem, buscando no Código Civil Brasileiro, chegando à equação capacidade/necessidade. Verificamos, finalmente, que o sistema de saúde compreende todas as ações de todos os Ministérios;

envolve, aliás, todas as atribuições do Estado. Saúde é o principal dos direitos fundamentais, pois conecta-se diretamente à dignidade da vida humana.

ABSTRACT

Brazilian constitution assures people access to health care systems, taking them as a fundamental service, granted by the State. Nevertheless, omissions by Executive Power and, in consequence, demanding the Judicial Power to obtain access to treatments and, primary, very expensive medicines; it has guaranteed the guardianship for the patients who can not effort the therapy. The State has a deficient and insufficient structure to take care of to the demands, alleging lack of resources; this movement provokes a search for private systems of services to the health. This picture leads to the analysis of the environment of private health care organizations and its pertinent legislation, also demands studies of the existing budgetary systems in our legal system. We verify the legislative treatment for which they pass the budgets and the level of accompaniment of the society. Circumstances above had led to analysis of origin of State and its purpose, making one brief boarding of its evolution, until to arrive at our days, where we find a constitution that draws a State under a social vocation, but offers a precarious structure. Under the form as if it organizes and it chooses priorities, we analyze the Liberal State and the Social State; the division of the attributions of the State created the base for, more ahead, to consider the paper of each one to bring those rights for a real life. A sounding, even so superficial, in the legal and physical systems of health in Portugal and the countries of the Cooperation for Economic Development Organization, also revealed opportune, bringing essential lessons to establish a paradigm for the Brazilian system of health. One concludes that the health politics involve and demand a reevaluation of the budgetary process, build a stronger structure of health care systems with better hospitals, clinics and professionals. However, the health politics must be more including: they involve all even though the practical structure of the State, reaching the economic policies and of basic and basic education. Concerning to the reach of the health politics, does not have in the legal system an objective basis for expenses with patients in therapies and medicines, compelling to look at a legally acceptable method it Executive to know as to act ahead of the demand that patient makes to it, searching in the Brazilian Civil Code, arriving at the equation capacity/necessity. We verify, finally, that the health system understands all the actions of all the Ministries; it involves, by the way, all the attributions of the State.

Health is the main one of the basic rights, therefore human being connects itself directly to the dignity of the life.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde compõe os direitos constitucionais fundamentais, sob a classe dos direitos sociais e estão insculpidos, entre outros, nos art. 6º e 196 de nossa Carta Magna. Todavia, confrontamo-nos diariamente com notícias sobre intermináveis filas de pacientes buscando atendimento médico, outros deitados em corredores de enfermarias e hospitais, ainda outros que nem sequer tem acesso a tratamento de saúde.

O poder judiciário é demandado para suprir as ações do Poder Executivo e, neste diapasão, não raro tem determinado adoção de terapias fora dos previstos em normas executivas como ocorre com medicamentos, muitas vezes de alto custo e não previstos e Portarias do Ministério da Saúde ou de Secretarias Estaduais de Saúde. O cumprimento destas sentenças judiciais poderia implicar prejuízos ao atendimento das massas, exaurindo os já escassos recursos destinados à saúde, fazendo-nos argüir se deveria existir um limite objetivo destes gastos.

É sob este cenário que será desenvolvida a pesquisa ora proposta, buscando identificar os motivos deste quadro. Como objetivo geral, cabe indagar se podemos esperar que o Estado efetive o direito fundamental à saúde, qual seu alcance e o que se compreende por saúde pública. Como objetivo específico estudaremos se é plausível encontrar parâmetros objetivos para que o Estado venha atender, individualmente, os cidadãos-pacientes; em outros termos, se existe um valor-limite para atendimento e fornecimento individual de medicamentos. Assim, para melhor compreender o âmbito da proposta de pesquisa, mister que analisemos inicialmente o que se compreende por direitos fundamentais.

Os direitos constitucionais fundamentais compõe um grupo de preceitos que visam estabelecer as bases dos direitos do homem. O termo já sugere tratar-se de gama de direitos deveras relevantes, para dizer o mínimo. Podemos alçá-lo ao topo de uma hierarquia de direitos do homem. Estudaremos os direitos fundamentais no Capítulo I, abordando sua definição, divisão, relevância e evolução.

Considerando que a presente pesquisa tem como objeto de estudo analisar a fundamentalidade do acesso ao direito constitucional à saúde, é imprescindível, em seu bojo, definir o termo “efetividade”, pois questões basilares erigir-se-ão sob sua égide, sob a forma de idagações ao problema.

Trazendo estas considerações para o escopo da pesquisa que se objetiva realizar, isto é, a temática do direito à saúde, verificamos que tem ela exponencial importância, eis que integra os direitos fundamentais à luz do que preceitua o art. 6º. da Constituição Federal: “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”.¹

Neste ponto, faz-se imprescindível estabelecer em que âmbito se desejará considerar o direito fundamental à saúde. Em outras palavras, qual é o alcance deste direito em nosso ordenamento jurídico. Esta consideração mostra-se indispensável à medida em que sua efetivação é buscada, exigindo resposta à seguinte pergunta: O que se entende por direito fundamental à saúde?

A prospectiva pesquisa deve, portanto, partir de um estudo dos princípios basilares dos direitos, alcançando os direitos fundamentais e, finalmente, o direito à saúde com suas implicações e suas formas de efetivação.

A designação do dever constitucional fundamental de prestar serviços de saúde a todos obriga-nos a uma incursão na política pública deste segmento (da saúde), buscando sua conceituação, seus limites, os reflexos de sua ausência ou sua existência parcial; a responsabilidade e inter-relação dos poderes para sua efetivação. Ademais, consideraremos eventual confronto na doutrina da separação dos poderes em uma determinação judicial para que o poder executivo entregue aos administrados a tutela sob a denominação de saúde, quer determinando a oferta de mais leitos hospitalares, médicos, medicamentos, ambulatórios e ambulâncias, para citar apenas alguns exemplos.

¹ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Mister verificar, finalmente, o que tem sido abordado em trabalhos sobre o tema proposto na literatura científica no Brasil, ou seja, como encontra-se desenhado “o estado da arte” neste assunto. Nas buscas realizadas nos sistemas correntes² escassos são os artigos que tratam do tema, e quando o fazem, não dão o enfoque ora proposto. Todavia, pertinente é o artigo de Ricardo Cesar Rocha da Costa³ que aborda a reforma do sistema público de saúde no Brasil no fechamento do século XX cujo marco foi a descentralização da saúde pública a partir da Constituição Federal de 1988.

Antes de citar o próximo artigo encontrado, importante fazer um comentário introdutório. Deve-se localizar no texto constitucional o estabelecimento de normas que regem a Seguridade Social e, em seu bojo, identificar seus reflexos no sistema de proteção à saúde, conforme ensinado por Ana Paula Oriola de Raeffray⁴, que extrai do art. 194 parágrafo único, seus princípios e objetivos, a saber: I- o da universalidade da cobertura e do atendimento, inculcado; II- uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III- seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; V- equidade na forma de participação no custeio; VI- diversidade da base de financiamento; VII- caráter democrático e descentralizado da administração.

Ademais, há o sistema privado, regulamentado por legislação infraconstitucional. Sobre o tema, encontramos a abordagem de Janice Dornelles de Castro⁵ em artigo que discute se as leis de mercado podem ser aplicadas ao atendimento à saúde da população.

² A busca foi efetuada pelos verbetes “Direito” e “Saúde” no sistema “SciELO – Scientific Electronic Library Online” no site www.scielo.br no período de junho-agosto de 2006 e no site <http://servicos.capes.gov.br>.

³ COSTA, Ricardo César Rocha da. **Descentralização, financiamento e regulação: a reforma do sistema público de saúde no Brasil durante a década de 1990.** Revista de Sociologia Política [online]. Jun. 2002, n. 18, p.49ss. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci+arttext&pid=S0104-447820020000100005&lng=pt&nrm=iso>>. Acesso em 02 mar 2006.

⁴ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da Saúde: de acordo com a Constituição Federal.** São Paulo: Quartier Landim, 2005, p.276ss.

⁵ CASTRO, Janice Dornelles de. **Regulação em saúde: análise de conceitos fundamentais.** Sociologias. [online]. Jan.jun. 2002, no. 7 [citado 098 Junho 2006], p. 122-135. Disponível em http://scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=1517-45222002000200005&lng=pt&nrm=iso ISSN 1517-4522.

Sueli Gandolfi Dallari ⁶ assina o artigo “O Direito à Saúde” e que, apesar de ter sido escrito nos momentos em que o atual texto Constitucional estava em fase final de elaboração, apresenta uma abordagem das aspirações que o Departamento de Prática da Saúde Pública da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo apontava. Nesta obra é apresentado um conceito do vocábulo *saúde* e da expressão *direito à saúde*. Apresenta a municipalização do sistema sanitário como recomendável. Há ainda outros artigos que abordam a temática da saúde, mas não tem pertinência com o escopo da presente pesquisa, e por isso não são mencionados.

A Constituição Cidadã de 1988, que elegeu o social como alvo a ser perseguido pela sociedade, o que inclui administradores e administrados, e instituiu, dentre outros, o direito fundamental à saúde. Nesta mesma linha, a Emenda Constitucional nº 29/2000 determina que os municípios apliquem o mínimo constitucional conforme preceituado pela própria Carta Magna, em educação e saúde.⁷

Seria de se esperar que os cidadãos tivessem, portanto, pleno acesso à estruturas públicas para tratamento de sua saúde, uma vez que existe um orçamento (Capítulo II do Título VI - Das Finanças Públicas) e, nele, a previsão de custeio da Saúde, via Seguridade Social (esta tratada sob o e Capítulo II do Título VIII - Da Seguridade Social).

Todavia, o cenário não se verifica na realidade pois a maior parcela da população brasileira não encontra o atendimento à saúde que necessita. De um lado a população agoniza por falta de uma rede hospitalar, de equipamentos clínicos, de profissionais (médicos, enfermeiras e afins), medicamentos; por outro lado o orçamento público dos entes federados continuam tomando proporções crescentes, com ingressos progressivos de recursos. Desta forma, há que se indagar: como

⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito à Saúde**. Ver: Saúde Pública. [online]. 1988, vol. 22, no. 1 [citado 2006-08-26] p. 57-63. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&pt&nrm=iso>. Acesso em: 02 mar 2006.

⁷ CFRB Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: [...] III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; [...]

garantir, em face de estarmos sob um estado democrático de direito, cuja carta magna garante o fundamental direito à saúde, sua efetivação? Esta questão permeará toda a pesquisa científica ora proposta. Um aspecto de análise fundamental para entender a importância temática, diz respeito ao contido no preâmbulo de nossa Constituição Federal, que transcrevemos para ênfase:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁸ (Grifo nosso).

Deste preâmbulo, desejamos colher os seguintes excertos, que nos interessam em particular nesta pesquisa, que estruturamos:

- a) A Assembléia Nacional constituinte devidamente legitimada para representar a vontade do povo promulga a vigente Constituição da República Federativa do Brasil;
- b) O objetivo da Carta Magna é instituir um Estado Democrático de Direito;
- c) Este Estado Democrático de Direito tem como objeto primordial assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, como valores supremos.

O instrumento supremo da República institui dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, a inviolabilidade do direito à vida e à saúde (Art. 5º. Caput e Art 196⁹). Constitui fato de amplo conhecimento, incontestável portanto, a precariedade da saúde pública em todo o território nacional. São constantes os relatos deste quadro, infelizmente, apesar de constituir-se garantia constitucional fundamental.

Tem-se verificado de forma crescente a limitação em efetivar de forma universalizada o direito à saúde, compreendendo-se desde as consultas médicas até a realização de intervenções cirúrgicas passando, inclusive, pela utilização das mais

⁸ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹ Ibidem.

novas técnicas médicas. Não obstante, há dois posicionamentos diametralmente opostos no que concerne a aplicabilidade imediata dos direitos constitucionais fundamentais, no qual se insere também o direito à saúde, foco da prospectiva pesquisa.

De um lado, há o posicionamento de uma corrente doutrinária, que tem como expoente Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que defende a necessidade de regulamentação dos direitos constitucionais fundamentais enquanto outra corrente, cujo ícone é Eros Roberto Grau, defende sua direta e imediata aplicação. Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet destaca não haver pacificação do tema. A existência de tais correntes opostas exigem um profundo estudo para averiguar as condições da efetividade dos direitos fundamentais bem como das conseqüências de cada uma das correntes acima enunciadas.

A relevância destes direitos – no qual se insere o pertinente ao atendimento à saúde - cuja denominação apresenta sua importância, eis que fundamentais, expõe a necessidade de um trabalho científico buscando apresentar um panorama que venha auxiliar na busca de um juízo seguro nesta matéria. Pode-se ainda fundamentar a importância e necessidade do tema ora proposto em situações concretas e delas extrair os elementos basilares. Tome-se, por exemplo, o disposto no art. 6 de nossa Constituição ao garantir o direito à saúde que reza:

Art. 6. 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.¹⁰

É público e notório que o sistema de saúde pública está sob sérias restrições ao atendimento da sociedade, não obstante constituir um direito fundamental, levando-nos a consideração cabal das leis de orçamentos dos diversos entes da federação comparando-os com os preceitos constitucionais. Ainda, mister aferir a forma com que estas verbas estão sendo aplicadas, se realmente atingirão a meta constitucional no que diz respeito à saúde como dever do Estado.

¹⁰ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

A saúde é um dos direitos que a Constituição oferece aos cidadãos em face do Estado, isto é, um poder-dever do Estado oferecer instituições que promovam a guarda da saúde aos seus; ao mesmo tempo, é um direito dos cidadãos exigir do Estado esta tutela.

Há que se lançar um olhar sobre os sistemas de saúde montados nos países da OCDE, a exemplo dos estudos realizados por Constantino Sakellarides considerando inicialmente a existência de um quadro crônico na Europa que exige análise dos instrumentos, em sentido amplo, e planejamento eficaz e pormenorizado, devendo-se, segundo a exortação de Marc Danzon, em prefácio à citada obra de Constantino Sakellarides, “assegurar um acesso real a todos os cidadãos, não só aos cuidados de saúde, mas também à promoção da saúde, à prevenção da doença e à informação de saúde”.¹¹

Ana Raquel Gonçalves Moniz¹² auxiliar-nos-á na missão de apurar a responsabilidades por danos resultantes na prestação de serviços em estabelecimentos público, segundo o sistema de Portugal.

Jorge Simões¹³, ainda sob o giro de análises dos sistemas europeus, nos apontará a origem e como evoluíram os sistemas de saúde nos países mais desenvolvidos do mundo; quais as fases mais marcantes deste em Portugal. Far-se-á uma avaliação das políticas de saúde de Portugal. Importante ainda, para formação de um paradigma a ser aplicado ao avaliar as circunstâncias brasileiras, olhar como se desenvolveu a Administração Pública, em Portugal e na OCDE. Estas análises permitir-nos-ão fazer uma avaliação comparativa destes mesmos aspectos no ambiente dos sistemas de saúde brasileiro.

¹¹ SAKELLARIDES, Constantino. **De Alma a Harry**: Crônica da Democratização da saúde. Almedina: Lisboa, 2005, 234p.

¹² MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos**: O Acesso à Justiça Administrativa. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, 163p.

¹³ SIMÕES, Jorge. **Retrato Político da Saúde - Dependência do Percorso e Inovação em Saúde**: Da Ideologia ao Desempenho. Lisboa: Almedina, 2004, 346p.

Por sua vez, as políticas públicas deverão ser estudadas sob um prisma jurídico, mas não limitado a ele. Estenderemos a abordagem sob a ótica das Finanças Públicas considerando os gastos sociais, especialmente na área da saúde pública.

A pesquisa será analisada sob a perspectiva epistemológica dialética, fazendo um movimento pendular entre o texto normativo constitucional e a realidade social verificada hodiernamente, em especial no Espírito Santo. Todavia, por também expor o quadro atual de saúde e os mecanismos normativos correspondentes, verificamos ser indispensável uma abordagem descritiva.

Permeará, por toda a pesquisa a base teórica sobre os direitos humanos lançada por Antonio Enrique Perez Luño, uma vez que defende a supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana, preceito expressamente positivado no ordenamento jurídico do Brasil, na Constituição Federal.

O desenvolvimento do tema exigirá uma vasta pesquisa bibliográfica por duas razões: primeiro, para aferir, o estudo dos direitos fundamentais à luz da Constituição Federal, e segundo, percorrer a doutrina acerca do sistema Português de Saúde por ser considerado um dos mais completos nesta área.

Mister estabelecer o alcance do atendimento à saúde, ou seja, encontrar o núcleo essencial do direito fundamental à saúde. Qual nível de prestação de serviços de saúde mínimo deve o Estado oferecer à sociedade para considerar-se atendido o dispositivo constitucional em tela.

Oportuno verificar a legitimidade dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário entre si e em si, para a efetivação do direito fundamental à saúde, bem como, a ação de cada um na omissão de outro. Este aspecto da pesquisa deverá submergir na teoria de Estado e na separação de seus Poderes bem como, na consolidação do Estado Democrático de Direito.

Não podemos deixar de lançar um olhar na jurisprudência, para apurar o posicionamento do Poder Judiciário na interpretação dos direitos fundamentais,

especificamente, no direito à saúde e qual nível de efetivação que o Poder Judiciário concede-lhe. Este fato constitui, portanto uma pesquisa empírica e sua inserção no escopo se torna imprescindível.

1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos Humanos distinguem-se dos Direitos Fundamentais, eis que, apesar de serem muitas vezes considerado sinônimo, conforme ensina-nos Ingo Wolfgang Sarlet ¹⁴, de “Direitos Fundamentais”, na prospectiva pesquisa, far-se-á a devida distinção. Assim, questiona Paulo Bonavides ¹⁵ se “podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente?” Responde a questão Otfried Höffe, afirmando que embora ambos sejam similares em termos de conteúdo, diferem pela maneira em que se apresentam. Os direitos humanos residem no seio da sociedade como normas de conduta moral, os direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos humanos devidamente positivados.¹⁶

Por sua vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ¹⁷ abordou os Direitos Humanos em obra intitulada “Direitos Humanos Fundamentais” furtando-se, com esta forma de compor o título da obra, de perscrutar a necessária diferenciação. Todavia, aborda ambas expressões de forma distinta, pois ao tratar dos Direitos Humanos na Constituição, ou seja, positivados, intitula o tópico como “Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira ¹⁸”, donde concluímos que entende ele também serem os direitos humanos, quando positivados, denominados “Direitos Fundamentais”.

Oportuno, ainda, abordar os Direitos Humanos segundo o enfoque da “Declaração Universal dos Direitos Humanos” verificando sua contemplação no nosso ordenamento jurídico. Os Direitos Humanos devem, segundo Alberto Amaral ¹⁹, ser considerados sob cinco características, uma vez que são direitos:

- a) universais em relação aos seus titulares e aos seus destinatários;
- b) morais, por sustentação racional de sua validade;

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p33.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p 560.

¹⁶ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.417.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.13ss.

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.99.

¹⁹ AMARAL, Alberto. In: VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Humanos, Estado de Direito e a Construção da Paz**. São Paulo: Quartir Landin, 2005, 190p.

- c) preferenciais, por exigirem primazia no seu atendimento;
- d) fundamentais, uma vez que sua desconsideração implica grave sofrimento;
- e) abstratos, pois sua efetivação somente é possível pela ação estatal.

1.1 HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Importante foi o papel das associações civis na defesa dos direitos humanos e sua luta pela efetivação dos direitos fundamentais, pois Oscar Vilhena Vieira nos ensina que “as associações que lutam em defesa dos direitos humanos freqüentemente surgiram em resposta ao abuso governamental, as (sic) restrições genéricas ou específicas aos direitos humanos ou em outras circunstâncias adversas”²⁰. De fato percebemos este movimento ao acompanharmos a evolução social nos últimos séculos.

Os direitos fundamentais são registrados pela história francesa a partir do ano de 1770 e conduzem as conquistas políticas e culturais para a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” ocorrida em 1789. Na Alemanha ganhou importância com sua positivação via Constituição de Weimar, pouco mais de um século, isto é, em 1919, solidificando-se até alcançar a atual Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, promulgada em 1949.

Todavia, como nos lembra Antonio Enrique Perez Luño, as aspirações de direitos de igualdade entre humanos ou sua igualdade perante Deus, são muito anteriores, pois “teses como a que postulava, no seio da doutrina estóica, a unidade universal dos homens, ou a afirmação cristã da igualdade essencial de todos os seres humanos ante Deus, constituem no mundo antigo um abono para despertar e alentar a consciência da dignidade humana”²¹.²² Desta forma, os direitos naturais são a

²⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Humanos**. Estado de Direito e a Construção da Paz. São Paulo: Quartier Landin, 2005, p.143.

²¹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Espanha: Editorial Tecnos, 1984, p.30.

²² No original: tesis como la que postulaba, em el seno de la doctrina estóica, la unidad universal de los hombres, o la afirmación cristiana de la igualdad esencial de todos los seres humanos ante Dios, constituyen em el mundo antiguo um aldabonazo para despertar y alentar la consciencia de la

justificativa para a formação dos direitos humanos e a força coercitiva para exigir a obediência ao sistema positivo de direito. Os direitos naturais são positivados, durante os séculos XVI e XVII, com status de direitos subjetivos²³.

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE

1.2.1 Da Modernidade à Pós-modernidade

1.2.1.1 Aspectos sociais e econômicos

Não há um evento ou uma ocasião específica que podemos afirmar como marco divisor entre a modernidade e a pós-modernidade, pois depende de que ângulo se observa ou quais aspectos se desejam investigar. Marshall Berman²⁴ aponta três fases da modernidade: a primeira inicia-se no século XVI até o século XVIII, na qual a sociedade apenas vive a modernidade, sem aperceber-se do contexto; a segunda começa ainda na última década do século XVIII com a revolução francesa e estende-se até o raiar do século XX.

Nesta fase as revoluções são os eventos sociais marcantes e revolucionam também a forma de viver e de ver o próprio mundo. Surge uma dicotomia entre viver sob uma forma bucólica e ao mesmo tempo, rompendo com ela, buscar novos horizontes e lutar por eles.

Na terceira e última fase da modernidade, há uma expansão da modernidade abarcando o mundo todo, alterando desde as condições econômicas até alcançar o quadro cultural com progressos significativos no pensamento humano. Marshal Berman destaca que Rousseau

dignidad humana.

²³ Apresentamos, sob o tópico 1.3 “Direito Fundamental à Saúde Pública”, explanação sobre o significado de Direitos Subjetivos e Objetivos bem como seus respectivos alcances.

²⁴ BERMAN, Marshal. **Tudo que é Sólido Desmancha no Ar**: A aventura da Modernidade. São Paulo: Scharcz, 1999, p.16.

é a matriz de algumas das mais vitais tradições modernas, do devaneio nostálgico à auto-especulação psicanalítica e à democracia participativa” e chamou atenção para os reflexos danosos das revoluções e mudanças existentes afirmando que o mundo estava “à beira do abismo.”²⁵

Digna de nota é a visão que os pensadores contemporâneos cunhavam sobre a modernidade transferindo para o Estado a essência de suas vidas, fazendo dos bens produzidos pela era industrial o centro de seus alvos e ostentação. Marshal Berman, em um olhar que faz sobre esta visão, resume que “a modernidade é constituída por suas máquinas, das quais os homens e mulheres modernos não passam de reproduções mecânicas”²⁶. Infelizmente este período criou um paradigma unidimensional que, sustentado pela inata ganância humana, hodiernamente contagiou toda a sociedade.

Anthony Giddens²⁷ ensina, por sua vez, que a modernidade inicia-se na Europa sob o limiar do século XVII abarcando a inteira civilização e, temporalmente, estende-se ao ocaso do século XX consistindo num estilo de vida social sob novos conceitos de política, governo e principalmente, economia. É por isso que aplicamos ao termo “sociedade” a conotação por ele apresentada considerando-a como “um sistema específico de relações sociais”.

Nos tempos pré-modernos se mostrava presente um domínio tirânico, com estruturas governamentais, com uso arbitrário do poder político. Era comum, segundo apontado por Anthony Giddens²⁸, o totalitarismo. Sob a modernidade, porém, o poder ficou exaurido e o próprio despotismo ficou limitado às dimensões por ele imposto. Contudo, lembra Weber²⁹, presentes estavam graves malefícios causados pela era industrial no amanhecer do século XX.

O período do modernismo traz outra característica que, a rigor, é consequência dos

²⁵ Ibidem, p.17.

²⁶ BERMAN, Marshal. **Tudo que é Sólido Desmancha no Ar: A aventura da Modernidade.** São Paulo: Scharcz, 1999, p.28.

²⁷ GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade.** São Paulo: Unesp, 1991. p 17.

²⁸ Ibidem, p.17.

²⁹ WEBER, Max. Apud GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade.** São Paulo: Unesp, 1991. p.17.

fatos acima apontados. Referimo-nos à quebra de paradigmas, conforme ensinado por Eduardo Bittar ³⁰ em suas pesquisas. Podemos, de fato, imaginar como a sociedade se sentiu ao ver quebrar, diante de seus olhos, os sistemas erigidos até então e a fragilidade destes perante as guerras e os avanços tecnológicos.

A humanidade ficou mais fria, afastada do núcleo familiar, que perdeu parte de sua força e continua a declinar em moral e ética. Utilizando-se de uma adequada metáfora, o palestrante comparou as estruturas sociais, então esfaceladas, a um *Frankenstein* se tomados diversos aspectos da vida humana naquela oportunidade, ao tentarem recompor suas estruturas com remendos tomados tanto do “antigo e quebrado” como do *moderno* mundo. Este reflexo mostrou-se presente, também, nos diversos ordenamentos jurídicos cujas conseqüências são sentidas ainda nos dias atuais.

O mundo viu-se numa condição caracterizada pela falta de visão de seu próprio tempo. Marshal Berman destacou lições de Rousseau que, pasmado, caracterizou o mundo daquela época como “um mundo em que ‘o bom, o mau, o belo, o feio, a verdade, a virtude, têm uma existência apenas local e limitada’ [...] tudo é absurdo, mas nada é chocante, porque todos se acostumaram a tudo” ³¹. Outro crítico da modernidade, apontado por Marshal Berman foi Michel Foucault ao acrescentar que a humanidade perdeu sua liberdade nesta era, apesar de pensar estar livre, numa alusão à forma como a sociedade passou a ser dirigida pelos institutos criados na modernidade como o marketing em suas mais diversas formas e técnicas. ³²

A humanidade perdeu também a estabilidade do sistema, pois como bem destacou Marshal Berman, tudo o que foi feito hoje - os bens físicos ou abstratos, incluindo máquinas ou instituições e movimentos sociais – destina-se a “ser desfeito amanhã, despedaçado ou esfarrapado, pulverizado ou dissolvido, a fim de que possa ser reciclado ou substituído na semana seguinte e todo o processo possa seguir adiante

³⁰ BITTAR, Eduardo. **Ética e Direito na Pós-Modernidade**. Palestra Proferida em Seminário Jurídico Avançado, no Curso de Mestrado da FDV proferida em 05.maio.2006.

³¹ BERMAN, Marshal. **Tudo que é Sólido Desmancha no Ar**: A aventura da Modernidade. São Paulo: Scharcz, 1999, p.17.

³² Ibidem, p.33.

[...] sob formas cada vez mais lucrativas”³³. Neste contexto, conclui, o homem acaba transformando-se em objeto de si, surgindo o mercado de valores³⁴, pois “qualquer espécie de conduta humana se torna permissível no instante em que se mostra economicamente viável, tornando-se ‘valiosa’; tudo que pagar bem terá livre curso”³⁵.

De todos os aspectos da modernidade, todavia, o que mais destoava dos propósitos humanos são as guerras. Anthony Giddens pronuncia-se a respeito frisando que “o século XX é o século da guerra, com um número de conflitos militares sérios envolvendo perdas substanciais de vida, consideravelmente mais alto que em qualquer um dos dois séculos precedentes”³⁶. Encerra ponderando que os reflexos foram deveras funestos para a humanidade afetando toda a vida humana, provocando a perda da esperança em alcançar uma vida mais feliz e segura.

Esta constatação traz sobre o homem uma grande responsabilidade sobre os seus atos, pois, se antes o ambiente e os fatos eram imputados à divindade, sob a modernidade erigiu-se a consciência de que “a atividade humana – incluindo nesta expressão o impacto da tecnologia sobre o ‘mundo material – é criada socialmente, e não dada pela natureza das coisas ou por influência divina”³⁷.

Digna de nota é a mudança verificada na tradição presente na era pré-moderna comparada com aquela existente sob a modernidade. Naquela, a tradição fundamentava as práticas; nesta, em função da necessidade de ratificá-las pela ciência, não tendo força de perpetuação, somente se convalidava por estudos científicos, promovendo revisões constantes de atitude com reflexos na vida social, derrubando, a um só tempo, a idéia de certeza no sentido de postulados imutáveis. Nas palavras de Anthony Giddens “a razão substituiu a tradição”³⁸ conduzindo-nos a um panorama em que “no mundo da ciência sólida, a modernidade vagueia livre”.

³³ BERMAN, Marshal. **Tudo que é Sólido Desmancha no Ar**: A aventura da Modernidade. São Paulo: Scharcz, 1999, p.97.

³⁴ Ibidem, p.103.

³⁵ Ibidem, p.108.

³⁶ GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991, p.19.

³⁷ Ibidem, p.41.

³⁸ GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. p 44ss.

No campo da economia, a era moderna gerou uma riqueza de trabalhos que estruturaram teorias com alcance além da modernidade. Um exemplo é a crítica socialista que identificou, nas práticas econômicas deste regime social, os erros que culminaram por miná-lo; como conseqüência, “os males do capitalismo seriam suplantados por novas instituições destinadas a fazer do mundo um lugar melhor de se viver” ³⁹.

No âmbito do trabalho e emprego verificamos grandes mudanças no cenário mundial neste período. Considerando que o homem somente trabalha para outro porque é obrigado, ou seja, quando não tem acesso aos próprios meios de produção para obter a renda necessária à sua subsistência, desloca sua força laboral para a indústria. À medida que as terras tornam-se cada vez mais escassas, as indústrias passam a servir-se desta mão-de-obra para preencher suas vagas. Leo Hubermann conclui, então, que “a história da criação de uma oferta necessária à produção capitalista deve, portanto, ser a história de como os trabalhadores foram privados dos meios de produção” ⁴⁰.

Ressalte-se, contudo, que grande parte da mão-de-obra para as indústrias teve sua gênese séculos antes, com a expulsão dos camponeses, na Inglaterra do século XVI, fenômeno que se repetiu nos séculos XVII e XIX na Inglaterra e em outros países da Europa, transformando-os em mendigos e andarilhos; surgiu, então, “uma classe trabalhadora livre e sem propriedades” ⁴¹ cuja qualidade de vida reduziu-se expressivamente.

Concomitantemente, os tecelões domésticos também sofreram os reflexos do parque fabril que “com suas máquinas movidas a vapor e a divisão do trabalho, podia fabricar os produtos com muito mais rapidez e menor custo do que os trabalhadores manuais” ⁴². Isto os obrigava a abandonar suas atividades manuais e incorporar a multidão que se formava no interior destas indústrias ou participar de atividades pouco rentáveis tais como a de jornaleiros.

³⁹ BELL, John Fred. **História do Pensamento Econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982, p.317.

⁴⁰ HUBERMAN, Leo. **A História da Riqueza do Homem**. 21.ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p.162.

⁴¹ Ibidem, p.163.

⁴² Ibidem, p.166.

Não podemos nos furtar, porém, de apresentar os aspectos positivos da modernidade, embora concentrados, mas não restritos, no campo da ciência e tecnologia. A padronização do tempo, por exemplo, facilitou o relacionamento entre os diversos povos, tendo o relógio como elemento fundamental, a partir do século XVIII ⁴³. Outro exemplo de como a tecnologia influenciou a humanidade, unindo-a, foi o mapeamento do globo terrestre, mostrando-nos suas divisas e ampliando a visão do próprio espaço geográfico em que vive cada povo ⁴⁴.

A utilização de máquinas a vapor nas indústrias propiciou a produção em larga escala com conseqüente redução de custos por peça produzida reduzindo deveras o custo de vida das famílias. Na esteira da industrialização, surgiu também uma melhor qualidade de vida, motivada principalmente por uma alimentação mais sadia, conduzindo a sociedade a uma diminuição da taxa de mortalidade; em meados do século XVIII, a mortalidade apresentava um índice de 1 morte para cada grupo de 42 mulheres, já no início do século XIX observava-se a taxa de 1 morte para cada grupo de 914 mulheres no início do século XIX ⁴⁵.

A informação e os meios para efetivá-la também ocupam um degrau importante nas conquistas da humanidade que evolui socialmente. A rigor, o homem sempre manifestou a necessidade de estar informado. Mas, foi no século XIX em diante que passou a ser um fator preponderante nas atividades econômicas. Foi por isso que Kumar⁴⁶ afirmou ser a informação um elemento substancial para a nossa sobrevivência, sendo a cibernética ferramenta primordial sob motivação inicial dos desafios trazidos pelas guerras entre as nações. Mas não podemos nos esquecer da contribuição das comunicações via cabo e das telecomunicações, quer por antenas terrestres ou por via satélite, de voz, imagens e dados, aproximando os fatos, mesmo que remotos, difundindo o conhecimento e as notícias. Krischan Kumar ressalta, contudo, que “o aumento do conhecimento é qualitativo e não apenas

⁴³ GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. p 26ss.

⁴⁴ Ibidem, p.28ss.

⁴⁵ HUBERMAN, Leo. **A História da Riqueza do Homem**. 21.ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p.172s.

⁴⁶ KUMAR, Krischan. **Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna: Novas Teorias sobre o Mundo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p.19.

quantitativo”⁴⁷, pois não visa simplesmente trazer a informação, mas também formar opiniões alterando elementos básicos da economia, uma vez que, conclui, “o trabalho e o capital, as variáveis básicas da sociedade industrial, são substituídos pela informação e pelo conhecimento”. Surge assim a Tecnologia da Informação (TI).

A tecnologia da informação, além de provocar mudança de hábitos na sociedade pós-industrial, traz um novo conjunto de situações que o direito tem que abarcar em sua normatização, considerando a existência de um universo de transações comerciais por vias eletrônicas, movimentações financeiras de forma eletrônica ou “virtual”, serviços cujos resultados permanecem abstratos. Ademais, indispensável citar a contribuição que a tecnologia da informação faz à elucidação de fatos e, por consequência, de crimes, com a utilização de câmeras de vídeo e sistemas de escuta. Os controles informatizados também possibilitam um domínio maior das transações auxiliando tanto entidades privadas quanto órgãos governamentais como as denominadas “Secretarias de Fazenda” ou “Receita Federal”.

A tecnologia da informação tem concedido benefícios expressivos ao direito, o que se percebe tanto no *modus operandi* quanto nas atividades de cunho científico. Concernente ao primeiro, o avanço iniciou-se pela disponibilização de consultas ao andamento processual em terminais localizado nos Fóruns e depois pela Internet. No segundo, podemos citar o grande auxílio que deriva a consulta a textos produzidos pelos pesquisadores e também disponibilizados para consulta na Internet. Ademais, o pesquisador do direito - como de qualquer outra área - pode fazer consultas instantâneas em bibliotecas e obras situadas em qualquer lugar do mundo sem se deslocar de sua própria sala, o que contribui significativamente para o progresso da ciência.

Mas nem tudo era benéfico neste contexto. Gaskell, citado por Leo Hubermann lembra que foi neste período que cresceu exponencialmente a diferença entre a classe rica e a classe pobre, e lamenta que “um comércio ativo e próspero seja índice não de melhoramento da situação das classes trabalhadoras, mas sim de sua

⁴⁷ KUMAR, Krischan. **Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna**: Novas Teorias sobre o Mundo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p.19.

pobreza e degradação [...]. É a era que chegou à Grã-Bretanha”⁴⁸. Neste período, as condições precárias de trabalho e a longa jornada provocaram o início dos movimentos sindicais e, conseqüentemente, a conquistas que foram erigindo o direito do trabalho uma vez que, com o alto custo das máquinas, os industriários preocupavam-se mais com estas do que com seus funcionários⁴⁹.

Também as leis vigentes eram aplicadas de forma diferenciada, pois, era comum o magistrado, que julgaria a causa trazida por trabalhadores, ser exatamente o patrão de quem reclamava sanar tais transgressões⁵⁰; e, quando não se incorria nesta forma imparcial de julgar, os magistrados pautavam-se no princípio de que “os trabalhadores deviam ser gratos pelas poucas migalhas que lhes eram atiradas”⁵¹. No campo da representatividade da sociedade no poder, a democracia incorporou, no final do século XIX, o direito ao voto, embora não de forma espontânea, mas sob muitas lutas e movimentos, assim como alcançou um sindicalismo mais forte e atuante⁵².

Analisando os traços característicos da modernidade, Anthony Giddens ensina que no final do século XX ocorreram alterações conduzindo a uma nova era; mas, enquanto muitos buscam para esta época uma nova denominação tal como “pós-modernidade”⁵³, ou uma “sociedade pós-industrial”, entende ele tratar-se de uma transição dentro da própria Modernidade. Krishan Kumar, por sua vez, defende que “o fim da modernidade é [...] a ocasião de refletir sobre a experiência da modernidade; a pós-modernidade é esse estado de reflexão”⁵⁴, lembrando o autor, contudo, que não podemos confundir modernidade com modernismo; este constitui um movimento cultural de crítica à modernidade e aquele é o reflexo das mudanças fáticas e intelectuais que erigiram o mundo moderno.

O reporte histórico, da modernidade à pós-modernidade, em seus aspectos sociais e

⁴⁸ HUBERMAN, Leo. **A História da Riqueza do Homem**. 21.ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p.176.

⁴⁹ Ibidem, p.178.

⁵⁰ Ibidem, p.187.

⁵¹ Ibidem, p.188.

⁵² Ibidem, p.189.

⁵³ GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991, p.11.

⁵⁴ KUMAR, Krischan. **Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna: Novas Teorias sobre o Mundo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p.79.

econômicos, servir-nos-ão de base para uma reflexão no campo dos serviços estruturados sob a administração pública. Notamos profunda alteração da visão de Estado e seu dever ao longo da história, ora com afastamento completo deste, sob o liberalismo, ora com proposta de participação integral, sob o socialismo. Os serviços de saúde acompanharam estas tendências e mudanças.

Hodiernamente, sob um denominado Estado Democrático de Direito, libertados da visão liberal que incrementou a asfixia já enfrentada pelas classes menos favorecidas da sociedade em prol do crescimento das instituições privadas, temos uma estrutura que se propõe atender a todos que recorrerem ao sistema público de saúde, porém a estrutura econômica, resultado, principalmente, de uma massificação da educação sem preocupar-se com a qualidade do ensino, tornou refém a maioria dos brasileiros, condenando-os a um comportamento subserviente.

Desejamos chamar a atenção para o fato de que, por mais benevolente que se mostre o direito positivo, a partir de uma Constituição Federal que buscou resgatar a dignidade humana, não se atingirá o resultado esperado enquanto a maioria da população depender de favores do estado. Os recursos serão escassos e os custos de produção insistirão em tolher a competitividade numa economia extremamente interligada, ou seja, globalizada. Embora os avanços tecnológicos que citamos anteriormente, contribuam para uma redução dos custos das terapias e proporcionem maior oferta, o grau de pobreza da população apresenta uma demanda crescente e cada vez mais dependente do assistencialismo, num círculo vicioso que exige cisão.

A estrutura industrial também contribuiu para uma maior exigência de atenção na área da saúde, pois não raras são as moléstias decorrentes da ocupação profissional e outras tantas originadas pela poluição do ambiente. O Estado, por um lado, aufere receitas com recolhimento de tributos, por outro, vê-se demandado para sanar males que o próprio contribuinte origina. Atualmente chegou-se a um consenso de que o industrialismo não impõe a dicotomia indústria/degradação da saúde ou do ambiente; com a adoção de políticas operacionais, usando o poder de império, por meio de alvarás de funcionamento e regulamentação de atividades, consegue reduzir consideravelmente os males advindos no exercício industrial, de

serviços bem como os intrínsecos à concentração populacional.

As cidades, cujo crescimento se deu de forma exponencial, lançaram novos desafios, exigindo grandes investimentos em infra-estrutura, nem sempre realizados pelo Estado e quando efetuados, em ritmo aquém do incremento populacional. Infelizmente são comuns os relatos de doenças e, pior, epidemias, provocadas por falta de saneamento dos esgotos e água tratada, gerando novas exigências de tratamento. O movimento propiciado por esta negligência promove outro círculo vicioso: quanto menos recursos são investidos em saneamento básico, tanto mais recursos serão exigidos para o tratamento de epidemias resultantes desta lacuna orçamentária, que por sua vez, reduzirão os recursos que poderiam ser aplicados em saneamento. A pós-modernidade portadora de melhorias consideráveis, inimagináveis no início do século XIX, trouxe no porta-malas, um número considerável de desafios que, por não terem recebido atenção necessária, multiplicaram os problemas da sociedade do século XX, com reflexos que não foram contidos até os dias atuais.

1.2.1.2 As Mudanças no Âmbito do Direito

O direito herdado pela modernidade, ou seja, aquele praticado no século XVIII e início do século XIX, fundava-se em atuações dos pretores que decidiam cada caso de forma isolada. Não havia uma forma estável de decidir casos semelhantes. No século XIX em diante, ensina Roger Silva Aguiar⁵⁵, a lei passou a ser um parâmetro que deixava de ser elemento abstrato para ser aplicável de forma obrigatória e uniforme; esta mudança foi o reflexo da reestruturação do Estado moderno, pois, como conclui, tomou a lei “como um elemento indispensável para sua organização e funcionamento”⁵⁶. Indispensável porque o Estado, para estabelecer sua estrutura, necessitava erigir a confiança de seus governados e somente poderia fazê-lo se todos confiassem nas formas deste para dirimir os conflitos em dois âmbitos: primeiro entre o Estado e as pessoas; segundo, entre as próprias pessoas. Não podemos nos esquecer de que até então o Estado, sob o absolutismo, não

⁵⁵ AGUIAR, Roger Silva. O Positivismo e o Pós-Positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro. In: MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma. (Org). **Novos Direitos: Os Paradigmas da Pós-Modernidade**. Niterói: Ímpetus, 2004, p.145.

⁵⁶ Ibidem, p.147.

encontrava limites na sua atuação extravagante e tirana. A força cogente da lei veio atender o anseio da sociedade para estabelecer limites e parâmetros seguros para as ações deste Estado.

Prosseguindo, Roger Silva Aguiar ⁵⁷ lembra que neste momento surgiu um novo desafio, presente até nossos dias: a forma de aplicação da lei. A proibição de interromper uma via pública, por exemplo, poderia conduzir a interpretações diversas, a começar pelo entendimento do que é uma via pública: um caminho para pedestres ou uma auto-estrada. Ocorrendo uma emergência, é possível impedir o tráfego? O que pode ser considerado emergência? Quem decidirá sobre estas variáveis? A escola exegética defendia que o juiz estava limitado a aplicar a literalidade da lei, isto é, sem qualquer interpretação, fazendo surgir o positivismo, que teve como representantes, dentre outros, Augusto Comte e Hans Kelsen. Este último preleciona, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, elaborada no século XX, que a norma jurídica

é norma de coação e, por isso mesmo, se distingue de outras normas. Neste ponto, a Teoria Pura do Direito segue a teoria jurídica positivista do século XIX. Para ela, a consequência decorrente da proposição jurídica, contida em determinada condição, é o ato coercitivo estatal, isto é, a pena e a execução coercitiva civil ou administrativa e somente por isso a situação de fato condicionadora é qualificada de antijurídica, e a condicionada, de consequência da antijuridicidade. ⁵⁸

Não há, conforme a teoria enunciada por Kelsen, carga valorativa na norma, fazendo com que sua aplicação seja efetuada simplesmente pela lógica entre o que a norma prevê como conduta adequada e o caso concreto. Nesta teoria, justo é aquilo que a norma assim determinar, bastando estar inserido em seu pórtico. O Código Civil Brasileiro de 1916 foi elaborado sob a luz desta doutrina.

Infelizmente este postulado culminou por permitir práticas que a própria sociedade abominava como, por exemplo, legitimar as atrocidades ocorridas sob o regime

⁵⁷ AGUIAR, Roger Silva. O Positivismo e o Pós-Positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro. In: MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma. (Org). **Novos Direitos: Os Paradigmas da Pós-Modernidade**. Niterói: Ímpetus, 2004, p.147.

⁵⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: Introdução à Problemática Científica do Direito**. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 4.ed. São Paulo: RT, 2006, p.69ss.

nazista. Todavia, neste momento, lembra Aguiar⁵⁹, surge o movimento pós-positivista que reabsorve e insere o elemento valorativo na interpretação e aplicação das normas.

Outro problema que esta visão de norma traz é sua estratificação impedindo que ocorram adequações às demandas promovidas pela forma dinâmica como a sociedade se comporta. Ao apontar as graves lacunas do positivismo, Roger Silva Aguiar adverte que

a simples aplicação da norma via razão teórica, através de um método lógico-dedutivo, buscando uma solução a partir de premissas dadas como verdadeiras tão somente por constarem da norma posta, conduz eventualmente a decisões desarrazoadas quando a realidade na qual a deliberação se concretiza é diferente, ou por haver se alterado ou por não ter sido vislumbrada, daquela que informava o conteúdo da norma.⁶⁰

Desta forma, conclui, o pós-positivismo incumbe-se de reavaliar esta inflexibilidade inserindo como elemento imprescindível, “os fundamentos das decisões e [...] o uso dos princípios do direito”, que inserem novos elementos na própria interpretação das normas e, ainda mais, seguindo um círculo social, influenciam a elaboração de novas leis. Neste aspecto, aliás, tendo como fundo histórico a Revolução Mexicana de 1910, comenta as alterações no âmbito do direito, eis que

inicia, sob a pressão de movimentos sociais de variado alcance e profundidade, e pelo impulso da difusão de idéias progressistas, em ocasiões de instabilidade, uma série de intentos legislativos, de caráter social, que procuram, até onde permitem os condicionamentos políticos existentes, favorecer e proteger as grandes maiorias de despossuídos.⁶¹

Dessas pressões sociais surgiram diversas leis que concederam a diversas classes, direitos no âmbito trabalhista, previdenciário, social, assistencial e do consumidor, esta última, motivada por efeito da atuação predadora das grandes multinacionais, obrigando-as a atender a vontade dos consumidores. Neste sentido, já lecionava Galbraith que “a empresa sai-se melhor quando atende aos interesses do público.

⁵⁹ AGUIAR, Roger Silva. O Positivismo e o Pós-Positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro. In: MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma. (Org). **Novos Direitos: Os Paradigmas da Pós-Modernidade**. Niterói: Ímpetus, 2004, p.152.

⁶⁰ Ibidem, p.154.

⁶¹ Ibidem, p.152.

Isto é conseguido através do mercado, ao qual a empresa está totalmente subordinada”.⁶²

No Brasil, a Legislação consumerista, de fato, detectando os anseios dos potenciais consumidores, buscou protegê-los, não apenas em âmbito individual mas, principalmente, em seu ambiente metaindividual, ganhando imprescindível instrumento processual de proteção e defesas de seus direitos. Digno de nota é que as ações de direitos metaindividuais promoveram importante alteração no próprio enfoque do direito processual, invocando como elemento justificador a finalidade e não mais um fim em si mesmo.

Na prática interpretativa das leis, importante mudança ocorreu na hermenêutica. Lembra-nos Bonavides⁶³ que vigorava, na era do liberalismo, uma interpretação demasiadamente apegada ao rigor da letra da lei, uma leitura positivista da norma o que provocava um acentuado inconformismo dos juristas. Sob a Nova Hermenêutica, todavia, passou a fazer parte da interpretação da norma a realizar uma prospecção mais aprofundada de seu sentido. Detectou-se que toda interpretação da norma deve conduzir a uma concretização, isto é, deve produzir seus efeitos na realidade daqueles a quem ela se destina; a Norma Constitucional adquire características integradoras, tornando-se mais política do que jurídica, tendo como exemplo a exigência da função social: da propriedade, do patrimônio das sociedades empresárias, no exercício das profissões.⁶⁴

Conferimos a esta nova visão Hermenêutica importância substancial, constituindo uma verdadeira revolução jurídica, pois exige do intérprete uma visão integradora e concretista das Normas Constitucionais – e, em decorrência, de todo o ordenamento jurídico – fazendo produzir os efeitos que o Poder Constituinte Originário desejava.

1.2.2 Pós-modernidade e os Direitos Fundamentais no Século XXI

Olhando para a história da humanidade verificamos facilmente que os direitos

⁶² GALBRAITH, John Kenneth. **A Era da Incerteza**. 7.ed. São Paulo: Pioneira, 1986, p.259.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 476.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 479ss.

humanos nem sempre foram reconhecidos e muito menos concedidos ou respeitados. Mesmo após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26 de agosto de 1789, verificamos que continua sendo altamente desafiador atingir um estágio pleno de vida digna. Parece-nos que é uma utopia oferecer, em nível satisfatório, a proteção dos direitos humanos – tornando-os Fundamentais, constitucionalizando-os - principalmente se rememoramos as atrocidades a que os primitivos povos eram submetidos e, sob domínio de governos tiranos, submetidos a torturas e práticas hediondas, que a história, mesmo relutante, se obriga novamente registrar.

A afirmativa de que “O homem sempre teve direitos fundamentais” exige que disseminemos, logo de início, seus elementos polissêmicos. Utilizaremos o termo “direito” como sendo as liberdades e poderes - consistindo dois grandes grupos, nas lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: para usufruir de bens ou para fazer exercitar sua vontade ⁶⁵. Neste sentido, o homem tem o “direito” de ir e vir; tem o “direito” de dispor de seu automóvel.

O termo “fundamental” remete ao que é essencial, básico. É fundamental aquilo sobre o qual todo o restante erige. Coluna mestre, conceito basilar. O Estado tem papel imprescindível, pois é a quem cabe garantir o acesso e proteger estes direitos. Ainda mais, “fundamental” é o direito ao meio ambiente sadio, o ensino básico que lhe propicia exercer a cidadania. Verificamos, então, que o “fundamental” não é um fim em si mesmo, mas uma etapa para se alcançar algo mais elevado. Por exemplo, o ensino “fundamental” é indispensável para alcançar uma graduação superior.

Associando ambos os termos, podemos afirmar que “direitos fundamentais” são as prerrogativas basilares para o exercício da cidadania, sob condições que assegurem uma vida digna, cabível aos cidadãos considerados individualmente e em sociedade, devendo ser oferecidas e protegidas pelo Estado, utilizando-se da Lei como veículo e guardião. Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que “a doutrina dos direitos do Homem [...] nada mais é do que uma versão da doutrina do direito natural que já

⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.23ss.

desponta na Antiguidade”.⁶⁶ É por isso que abrimos o tópico afirmando que o homem sempre foi titular de direitos fundamentais, sendo estes a parte dos direitos humanos que venceu a batalha da positivação.

O constitucionalismo, contudo, tomou a bandeira da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, incorporando-se a diversos Estatutos Supremos dos Estados denominados Liberais, ganhando terreno até a primeira Guerra Mundial⁶⁷, tendo a isonomia uma das características marcantes, pois tem aplicação a todos, quer ao proteger, quer ao determinar punição por sua transgressão⁶⁸ dos Direitos Fundamentais.

1.3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA

Em prefácio à obra de Ingo Wolfgang Sarlet, Juarez Freitas ensina-nos que os direitos fundamentais “passam a robustecer o cimento indisponível do próprio Estado, o qual somente experimenta real sentido e autêntica legitimidade quando apto a viabilizar, mormente em situações limite, a concretização ampliada da dignidade da pessoa”.⁶⁹

Neste mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho⁷⁰ faz questão de estudar os direitos fundamentais devidamente positivados pois exorta ser este o correto local de sua residência e, ainda mais, que estes direitos devem receber o status de *'fundamental rights'* e “sem esta positivação jurídica, os 'direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política', mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechtsnormen).” Desta forma, imprescindível a consideração do tema à luz dos preceitos constitucionais.

⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.9.

⁶⁷ Ibidem, p.19s.

⁶⁸ Ibidem, p.27.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p.17.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra : Coimbra, Portugal, 1999, p.377.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao falar de direitos fundamentais, direciona o tema à dignidade da pessoa humana, pois entende ser este um dos princípios basilares reconhecidos pela nossa vigente Carta Magna⁷¹, encontrado no ordenamento jurídico pátrio sob a forma de princípio constitucional. Corrobora com esta conclusão a afirmativa de Christine Oliveira Peter Silva⁷² ao comentar que “os direitos fundamentais apresentam-se como direitos que dão conteúdo às questões que sustentam a estrutura normativa básica do Estado e, em grande medida, da própria sociedade”. Conclui o raciocínio lembrando-nos que os

princípios como a dignidade da pessoa humana (art. 1. III CF/88), a liberdade (art. 5. *caput*, da CF/88) e a igualdade (art. 5. *caput*, da CF/88) agregam os conceitos mais importantes do Estado de Direito, encerrando os pilares da Democracia e do Estado Social, na Constituição brasileira em vigor.

Ao invocar os princípios para a defesa dos direitos fundamentais, somos direcionados à consideração destes e sua influência no ordenamento jurídico.⁷³ Mas, ainda nos atendo ao estudo científico dos direitos fundamentais, encontramos importante conceituação de Robert Alexy que, em palestra proferida no Rio de Janeiro, enunciou que

O objetivo de uma ciência dos direitos fundamentais não é exatamente uma homogeneização de cada ordem jurídica fundamental. Ao contrário, as diferenças existentes entre essas ordens jurídicas serviriam de estímulo ao desempenho de suas tarefas. Seu objetivo é descobrir as estruturas dogmáticas e revelar os princípios e valores que se escondem atrás das codificações e da jurisprudência. Desordenado e, de certa forma, não diretamente visível, pode ser revelado e ordenado de uma maneira sistemática e, assim, melhor compreendido dentro de sua diversidade, o que permite também revelar a sua unidade.”⁷⁴

Demonstra-se, assim, que os direitos fundamentais estão presentes em todos os sistemas de direitos – ordens jurídicas – possuindo um conjunto de princípios que os norteiam, devendo-se respeitar as diferenças de seu conteúdo, segundo as peculiaridades de cada Estado. As diferenças existentes auxiliam perscrutar quais

⁷¹ Estabelece o art. 1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos ... III a dignidade da pessoa humana.

⁷² SILVA, Christine Oliveira Peter. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p.27.

⁷³ Ver sub-tópico 1.3.1 denominado “Princípio e sua relação com o ordenamento jurídico”.

⁷⁴ ALEXY, Robert. “Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais”. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação casa de Rui Barbosa, outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, no prelo.

princípios atuam em cada um destes sistemas e como são estabelecidos.

Feitas estas considerações sobre o valor do estudo dos direitos fundamentais, passemos a nos ocupar com a busca de suas classificações. José Afonso da Silva⁷⁵ verifica que os direitos fundamentais encontram-se dispostos em três grupos: a) individuais; b) políticos; e c) sociais e econômicos. Cada um destes direitos tem sua forma específica de efetivação.

Por sua vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁶ apresenta-nos outra forma de classificação, enumerando os direitos fundamentais em gerações. Assim, conforme o autor, os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” enumerados no Título II, Capítulo I de nossa vigente Constituição Federal, encontramos os da primeira geração; os da segunda geração encontram-se abrigados sob o Capítulo II deste mesmo Título, sob a denominação de “Direitos Sociais” e ainda os “Direitos Econômicos” que encontramos no Título VII. Os direitos fundamentais da Terceira Geração são, segundo este, o “Direito ao Meio Ambiente” que encontra guarida sob o Título VIII, Capítulo VI, especificamente no art. 225. Outra forma de classificação, trazida por este autor sub-divide os direitos fundamentais em conformidade com seu objeto, podendo versar sobre: a) liberdades; b) direitos de crédito; c) direitos de situação; e d) direitos-garantia⁷⁷; ou classificados subjetivamente, podendo ser: a) individuais; b) de grupos; c) coletivos; e d) difusos.

1.3.1 Princípios e sua relação com o ordenamento jurídico

O termo princípio vem do latim “principium” e tem como definição: o momento em que se faz alguma coisa pela primeira vez; causa primária, preceito, regra, lei.⁷⁸ Como trataremos de princípios com acepções jurídicas, podemos apreender seu sentido no conceito exarado por Uadi Lammêgo Bullos que define “princípio” como

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.153.

⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.100.

⁷⁷ Ibidem, p.103.

⁷⁸ AULETE, Caldas. **Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa**. 3 ed. v.5. Rio de Janeiro: Delta, 1974, p.2943.

sendo

o enunciado lógico extraído da ordenação sistemática e coerente de diversas disposições normativas, postando-se como uma norma de validade geral, cuja abrangência é maior do que a generalidade de uma norma particularmente tomada.⁷⁹

Como já alertamos na parte introdutória deste tópico, os princípios ocupam uma posição diferente no nosso ordenamento jurídico por ser da família do direito romanístico. A definição de Uadi Lammêgo Bulos deixa transparecer bem esta distinção colocando os princípios acima das normas, retirando-os do gênero “normas” como fazem as estruturas de direito da família da “common law”.

Podemos capturar, ainda, das ponderações de José Joaquim Gomes Canotilho, que princípios são

normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de 'tudo ou nada'; impõe a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível', fática ou jurídica.⁸⁰

Assim, vemos que os princípios estabelecem uma plataforma para as demais normas, mediante um conjunto de metas ou objetivos que devem ser atingidos da melhor forma possível, em um dado cenário jurídico e fático.⁸¹ Os princípios não tem um caráter de cogência tal como se encontra na regra, todavia, tem maior abrangência, sendo eles

mandados de optimización que se caracterizan por que pueden ser cumplidos em diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fáticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.⁸²

É oportuno ressaltar que os princípios visam estabelecer um norte para os poderes constituídos, ou seja, um plano de ação para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, possuindo uma abrangência mais ampla do que as regras.

⁷⁹ BULLOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 37.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra : Coimbra, Portugal 1999, p 1255.

⁸¹ ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. Distribuidora Fontamara: Coyoacán, México, 2002, p.13.

⁸² Ibidem, p.13s.

Um princípio pode estar incidindo tanto na elaboração da Constituição e da lei infraconstitucional como também na sua interpretação, bem como, contribuir para fundamentar o exercício da jurisdição. Uadi Lammêgo Bullos, invocando a dogmática constitucional moderna, afirma que

ao reconhecer a riqueza da Lex Mater e suas diversas funções, vem apontando a necessidade de se clarificar a estrutura normativa fundamental do Estado. Busca-se, dessa forma, construir um Direito Constitucional principialista, com ênfase em concepções sistêmicas, estruturantes, funcionais e institucionais.⁸³ (Grifo nosso)

Conclui-se, então, que a Constituição Federal do Brasil foi estruturada sobre princípios (direito principialista) permeando todos os seus dispositivos. Esta conclusão é corroborada pelo próprio Uadi Lammêgo Bulos, pois

Diz-se princípio, nos lindes da nossa Carta Suprema, os vetores normativos que embasam e constituem a **razão essencial das normas jurídicas**, logrando posição destacada dentro do sistema, e, por isso, desempenham uma função retórica-argumentativa. Numa palavra, **os princípios na Lex Mater são de cunho hermenêutico**, compatíveis com os diversos graus de concretização, à luz dos condicionamentos fáticos, jurídicos e axiológicos.⁸⁴ (grifo nosso)

Dá azo, o enunciado acima, para a aceitação dos princípios como norteadores das disposições constitucionais, como sendo o motivo (a razão) não da existência, mas sim, a justificação do conteúdo do sistema, dos limites e das concessões oferecidas; formando um componente para a hermenêutica, funciona “como vetores para soluções interpretativas das normas constitucionais”⁸⁵.

O princípio constitucional também serve para tornar coesos os diversos mandamentos, as diversas normas tanto constitucionais como infraconstitucionais, funcionando como elemento integrador, conforme ensina Uadi Lammêgo Bullos⁸⁶. Assim, podemos coletar todas as normas constitucionais sobre uma área da vida civil e compará-la com outros comandos da *Lex Mater* encontrando, em regra, um norte.

Tomemos como exemplo o Princípio dos valores sociais do trabalho, enunciado no

⁸³ BULLOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.37.

⁸⁴ Ibidem, p.38.

⁸⁵ Ibidem, p. 39.

⁸⁶ Ibidem, p. 38.

art. 1º inciso IV da Constituição Federal ⁸⁷ (já transcrito). Seus reflexos são notados no art. 5º inciso XIII ⁸⁸ da *Lex Matter* que concede liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; no art. 7º que estabelece os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais; além de se fazerem notar na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT que em seu art. 3º define o empregado como sendo aquele que recebe salários, ⁸⁹ que, por sua vez, são impenhoráveis pois visam o sustento seu e de sua família (art.649 inciso IV do Código de Processo Civil) ⁹⁰ e na Lei 8.716 de 11 de outubro de 1993 que “dispõe sobre a garantia ao salário mínimo e dá outras providências” ⁹¹.

Cabe, por oportuno, indagar qual a gravidade da violação a um princípio: seria menos grave do que violar uma norma constitucional? Deixemos com que o constitucionalista Uadi Lammêgo Bullos nos responda:

A violação de um princípio compromete a manifestação constituinte originária. Violá-lo é tão grave quanto transgredir uma norma qualquer. Não há gradação quanto ao nível de desrespeito a um bem jurídico. [...] Muita vez, uma ofensa a um específico mandamento obrigatório causa lesão a todo o sistema de comandos. ⁹²

O desrespeito ao princípio que norteou determinado preceito constitucional, portanto, implica infração direta ao próprio dispositivo da *Lex Mater*. Assim, podem transgredir um princípio constitucional: o legislador que, ao elaborar uma lei regulamentadora, propõe-na desrespeitando o princípio norteador; o magistrado que, ao julgar deixa de observar princípio contido na Lei Magna; os poderes públicos, em geral, que no exercício de suas funções executivas, mantendo-se inertes, não entregam à população serviços reputados fundamentais, como é o caso do direito à saúde pública. ⁹³

⁸⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ BRASIL. Decreto nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. In: Júris Síntese. Júris Síntese. Porto Alegre: Síntese, 2004 nº 49. 1 CD-ROM.

⁹⁰ BRASIL. Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Aprova o Código Civil Brasileiro**. In: Júris Síntese. Júris Síntese. Porto Alegre: Síntese, 2004 nº 49. 1 CD-ROM.

⁹¹ BRASIL. Decreto-lei, nº 5.452, de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. In: Constituição Federal. São Paulo: Manole, 2004. 1950p. [Coleção Manole de Consolidação das Leis do Trabalho, Legislação Previdenciária, Código de Processo Civil (excertos), Profissões Regulamentadas, Legislação Complementar e Súmulas].

⁹² BULLOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 39.

⁹³ Ibidem, p. 40.

Humberto Ávila demonstrou que os princípios não podem simplesmente ser distinguidos das regras, sejam quais forem os critérios utilizados, 'prima facie' pois, quando confrontados com um caso concreto, perdem sua natureza inicial e transformam-se, quando regra, para princípio ou vice-versa⁹⁴. Propôs, então, uma classificação a ser analisada nos casos concretos.

Motivando sua proposição, exemplificou com a norma do art. 37, inciso II que exige concurso público para a investidura em cargo também de natureza pública. Um município contratou um gari por tempo determinado. A regra legal incide sobre o caso concreto, isto é, tem que ser aplicada, não há que se ventilar sobre elementos de graduação da aplicabilidade. Não há proporcionalidade a aplicar. Todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o município não estava sendo lesado pela contratação de um único funcionário, por tempo determinado. Este exemplo serviu para demonstrar que uma regra também pode sofrer a incidência de valoração⁹⁵.

Asseverou, em conclusão, Humberto Ávila “que a consequência estabelecida *prima facie* pela regra legal pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador [...]”⁹⁶. Ficou demonstrado que as regras não possuem uma forma rígida de aplicação, não sendo este um critério eficaz de distinção com os princípios.

Prosseguindo em sua proposição, Humberto Ávila ponderou que, na verificação dos casos concretos, diversos elementos podem e devem ser aplicados, como por exemplo, o da justificativa da regra, e apresentou um exemplo: A proibição da entrada de cães em restaurantes. Se o elemento justificador da regra for o mal estar que os cães provocam nos clientes, então, outros animais ou bebês que choram intensamente também poderiam ser impedidos de entrarem. Por outro lado, se a justificativa for de implicarem os cães riscos aos clientes, então um filhote de cão poderia ser permitido. Desejou demonstrar, assim, que a regra traz consigo os elementos justificadores, e estes auxiliam para nortear sua efetividade⁹⁷.

⁹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.36.

⁹⁵ Ibidem, p.37.

⁹⁶ Ibidem, p.38.

⁹⁷ Ibidem, p.49.

Por derradeiro, insta-nos o zelo, que abordemos os ensinamentos de Robert Alexy sobre os princípios. Ensina que os princípios encontram-se inseridos no gênero denominado normas, dotado de elementos deônticos, ou seja, estabelecendo condutas humanas. Ao estabelecer um paralelo entre ambos, delineia que regras e princípios são normas, todavia, enquanto as regras são razões definitivas, os princípios o são *prima facie*⁹⁸ podendo ser tanto aplicável em âmbito individual quanto coletivo, abarcando inclusive os direitos inerentes à saúde pública.⁹⁹

1.3.2 Princípio da Dignidade Humana

Resultaria deficiente qualquer estudo de direitos fundamentais destituído de consideração da dignidade da pessoa humana, ainda mais presente no que tange ao direito à saúde. Não é primordial discutir a distinção entre indivíduo e pessoa, mas o ponto inconteste é de que “não há no mundo valor que supere o da pessoa humana”¹⁰⁰ conforme ensinamento de Mata-Machado, citado por Fernando Ferreira dos Santos.

A desconsideração dos preceitos constitucionais ao se tutelar a saúde afronta os direitos humanos - como afirmamos - fazendo-nos considerar este fator com poder de mitigar até mesmo a dignidade da pessoa. Assim, poderíamos inserir neste contexto o princípio da dignidade da pessoa, para estabelecer uma densidade ainda maior à análise, pois conforme enuncia Ingo Wolfgang Sarlet

a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição de outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.¹⁰¹

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.83s.

⁹⁹ Ibidem, p.109.

¹⁰⁰ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p.32.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3a. ed rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.27.

Uma análise sobre os limites para a exigibilidade do direito à saúde também se mostra indispensável uma vez que se defendem duas linhas opostas de raciocínio e argumentação. De um lado, apregoa-se sua aplicabilidade plena com efeito cogente advindo de decisões jurisdicionais o que encontra guarida no entendimento do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, condenando encontramos em Ricardo Seibel de Freitas Lima ao advertir que “essa concessão, supostamente baseada na garantia do direito constitucional à saúde, tem sido feita de forma indiscriminada, irracional, não-criteriosa e de forma a perpetuar uma desigualdade no acesso às ações e aos serviços de saúde.”¹⁰²

Trata-se, deveras de um direito que tem apresentado grande desafio para a comunidade jurídica com questões que clamam por urgente solução de lacunas. Assim, associado a todos os motivos retro citados, há que se apontar um último, qual seja, a falta de literatura científica sobre o tema.

Verifica-se que o assunto não é tratado sob a perspectiva de sua efetivação. As obras atualmente existentes, quando muito, apontam os sistemas, mas não enfrentam a busca de uma solução para a grave crise de saúde presente em nosso país, que assola os cidadãos e tolhe diariamente grande número de vítimas de um sistema que se apresenta, ele mesmo, na UTI.

Para adentrarmos ao tema da dignidade da pessoa humana, pertinente abordar algumas definições sobre o *Homo sapiens*, iniciando com a conclusão de Fabriz, após exaustiva reflexão, afirmando que “O homem torna-se tema de si mesmo, objeto de suas especulações, na busca do domínio do seu próprio destino do mundo”, exortando, ademais que

O homem concede significado à sua própria existência no mundo. O significado que o homem oferece a si mesmo advém da sua capacidade racional de objetivar e construir toda a realidade que o cerca. O conhecimento produzido pelo homem proporciona sempre um novo significado à sua existência; uma existência que a todo momento se encontra em reconstrução.¹⁰³

¹⁰² LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à Saúde e Critérios de Aplicação**. Júris Síntese. Porto Alegre: Síntese, 2005 nº 53. 1 CD-ROM.

¹⁰³ FABRIZ, Dauri César. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003,

De fato, vemos que o homem modifica seu meio, seu habitat, ao utilizar seu potencial psíquico. O mundo é alterado e esta mudança, por sua vez, provoca outras, num ciclo infundável. Isto é facilmente detectado pela análise da história, mesmo quando se verifica um curto período de tempo. Mas, o que desejamos destacar, ainda mais do que as mudanças de ordem puramente material, são as de ordem social e moral, somente possíveis ao ser racional pois “O significado que o homem oferece a si mesmo advém da sua capacidade racional...” Eis o que estamos a salientar: a racionalidade, que é ímpar, concedida ao ser humano e que “proporciona sempre um novo significado à sua existência...”¹⁰⁴.

Refletindo sobre o tema, Daury César Fabríz, ao buscar a perfeita e consagrada definição, concluiu: “O Homem é aquilo que o seu conhecimento pode indicar que ele é”.¹⁰⁵ Extraia-se desta expressão a natureza não física, mas mental, psíquica, tendo por corolário que a qualidade de raciocínio inerente no homem não é apenas um diferencial, mas elemento principal. Basta indagar se uma pessoa que possui um físico, resultando num ser cabalmente debilitado deixaria esta de ser um homem, um ser humano? Não haveria quem defendesse uma resposta afirmativa.

Tomemos outro exemplo, a de uma pessoa gravemente enferma, inapta a locomover-se e - para se chegar a um caso extremo - sem condições de alimentar-se por seus próprios movimentos, necessitando a todo tempo de ajuda até mesmo para as atividades mais simples. Ainda assim seria inconcebível retirar-lhe sua dignidade qual ser humano.

Também, por esta razão, ninguém ousaria tirar a vida de uma pessoa pelo simples fato de estar fisicamente debilitada. Note-se, contudo, que estamos tratando de atitudes comissivas por parte de terceiros no direto e exclusivo propósito de tirar a vida de outrem, pois não será objeto de análise ações tais como a eutanásia, no presente trabalho.

p. 46ss.

¹⁰⁴ FABRIZ, Daury César. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003,

p. 49.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 49.

A conclusão acima nos leva a verificar que, para a vida do homem ser significativa, vivida a contento, tornar-se-á necessária a instituição de direitos fundamentais baseado na condição do homem sob os aspectos dele como pessoa, cidadão, trabalhador e administrado, sendo irrenunciável sua individualidade¹⁰⁶.

O respeito à dignidade da pessoa humana transcende os limites do físico, do corpo humano, uma vez que abarca também o culto religioso e a liberdade de pensamento, o que se verifica ao analisar diversos incisos do artigo 5º. da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujos excertos são:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; [...] ¹⁰⁷

Há outros, mas, como afirmamos, nosso objetivo foi trazer exemplos para tornar visível a preocupação do constituinte em preservar a dignidade da pessoa humana trazendo, inclusive, direitos fundamentais, de caráter físico (corpo, incisos VIII, X e XI), psíquico (liberdades de consciência e de expressão, incisos VI, VIII, IX e X) e espiritual (liberdade religiosa, incisos VI, VII e VIII).

Não há como prosseguir em nossos estudos, no entanto, sem enfrentar o que vem a ser vida humana, o que nos leva a abordar o tema “pessoa humana” e todos os elementos de sua dignidade. A vida humana é o ápice da proteção do direito, sua

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra : Coimbra, Portugal 1999, p.248.

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

maior preocupação, a ponto de impulsionar, invariavelmente, as melhorias dos ordenamentos jurídicos. Tomemos como exemplo o Código Penal Brasileiro que, abrindo a Parte Especial, em seu art. 121, estatui: Matar alguém: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.¹⁰⁸

O intuito da pena é de preservar a vida. Mas a Constituição Federal traz ainda outros exemplos de preservação da vida, sendo a tutela maior a ser oferecida à população, a saber: o art. 5º. caput:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]¹⁰⁹

Adiante nos aprofundaremos mais para apurar os significados e abrangências deste dispositivo constitucional, mas por ora, visamos demonstrar a preocupação de Nossa Carta Maior em defender o direito à vida, encabeçando um rol de direitos e garantias individuais e coletivos. Torna-se oportuno registrar, porém, que a dignidade da vida humana entranha suas raízes precisamente nestes direitos e garantias. Andrade, citado por Barcelos, exprime que

... o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.¹¹⁰

Extraímos daí a lição de que não há como falar em direitos e liberdades tradicionais fora do prisma da dignidade da pessoa humana, sendo esta a que norteará todas as ações legislativas, executivas e jurisdicionais.

Abordando os direitos e liberdades, Barros, que também colaborou nos trabalhos da última Assembléia Nacional Constituinte, classifica-os em quatro categorias, ordenados em 'gerações', sendo: 1ª. a liberdade religiosa; 2ª. as liberdades civis,

¹⁰⁸ BRASIL. Lei, nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. In: Júris Síntese. Júris Síntese. Porto Alegre: Síntese, 2004 nº 49. 1 CD-ROM.

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹¹⁰ BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Rio de Janeiro, 2002, Renovar. [grifo nosso].

políticas e sociais; 3^a. dos direitos difusos de natureza transindividual e, por fim; 4^a. dos direitos ambientais.¹¹¹

Pela análise realizada acima, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana tem uma amplitude que transcende os limites físicos. De fato, Fabriz manifesta conclusivamente que “A dignidade da pessoa humana expressa-se como corolário de todo arcabouço ético de uma sociedade”.¹¹² Certamente, esta conclusão encontra guarida na Constituição brasileira, ganhando destaque, ao ser mencionado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, na redação do art. 1º em seu inciso III que reza ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.¹¹³ Comentando o preceito, Bulos ressalta a importância da dignidade da pessoa humana neste rol de fundamentos, afirmando que

A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral. [...] A dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consigna um *sobreprincípio*, ombreado os demais pórticos constitucionais, como o da legalidade (art. 5º, II), o da liberdade de profissão (art. 5º, XIII), o da moralidade administrativa (art. 37) etc. Sua observância é, pois, obrigatória para a interpretação de qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta que possui, atraindo em torno de si o conteúdo de todos os direitos básicos e inalienáveis do homem.¹¹⁴

Bulos reputou à garantia ora em análise o grau de “carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988”¹¹⁵; lembrando que a dignidade da pessoa humana encontra-se prevista em diversos outros instrumentos constitucionais, como por exemplo, na Lei Fundamental de Bonn de 1949 que teve efeitos influenciadores na Constituição da Espanha de 1978, que em seu art. 1º reza: “A dignidade do homem é inatingível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público”¹¹⁶.

¹¹¹ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3ed. Brasília Jurídica: Brasília, 2003, p.131s.

¹¹² FABRIZ, Daurý César. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 275.

¹¹³ Bulos, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p40ss. [grifo nosso].

¹¹⁴ Ibidem, p. 49s. [grifo nosso]

¹¹⁵ Ibidem, p. 49s.

¹¹⁶ Ibidem, p. 49s.

O poder constituinte português seguindo o exemplo, também assegurou logo na abertura dos dispositivos constitucionais tal garantia.¹¹⁷

O alcance da dignidade da pessoa humana é defendido como sendo absoluto, conforme argumentado por Fernando Ferreira dos Santos, citado por Daury César Fabríz, pois afirma que “ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode sacrificar, ferir o valor da pessoa” lembrando ser este o “instrumento balizador dos demais princípios e direitos compreendidos como superiores” e concluiu que “Se a vida é o pressuposto fundamental, premissa maior, a dignidade se absolutiza em razão de uma vida que somente é significativa, se digna”¹¹⁸.

Concluimos daí, que a vida humana somente terá sentido se vivida em dignidade, por isso, transformado em requisito essencial para o exercício do maior direito concedido ao ser humano.

Canotilho, ao tratar dos direitos fundamentais, lembrou com muita propriedade que tais direitos criam para o Estado um dever, denominado “Função” e tendo como a primeira destas funções a de defender o ser humano das agressões aos seus direitos fundamentais e, ainda mais, explanando-nos sobre o que denominou ‘direitos de defesa’ sendo que estes, em dupla perspectiva

(1)constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)¹¹⁹.

Defendemos, portanto, atribuir ao princípio da dignidade da pessoa humana como um elemento intrínseco do ser, do existir humano. Vimos, portanto, que a dignidade da pessoa humana é o bem maior tutelado pelo direito, proteção que se encontra

¹¹⁷ Bullos, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p40ss. [grifo nosso].

¹¹⁸ FABRIZ, Daury César. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 275s.

¹¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra : Coimbra, Portugal 1999, p.243ss.

positivada em nossa Constituição Federal, direcionada primeiramente – mas não apenas – ao legislador ordinário. Deste princípio derivamos, tal como ensina Eduardo Novoa Monreal,

que a dignidade da pessoa constitui, em si mesma, um freio para o legislador positivo, encarregado de impor aquelas normas, também o seu poder de legislar haverá de se ver cingido por um amplo conjunto de bens ideais humanos que dela derivam e que estão destinados a servir não-só como bases intangíveis de uma convivência, senão, também, como valores significativos que o legislador deve respeitar e fazer respeitar”¹²⁰

Neste sentido, Antonio Enrique Perez Luño ensina que os direitos fundamentais estabelecem a coluna mestra do hodierno constitucionalismo, sendo que “las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquéllas que consagran la forma de Estado y lãs que establecen el sistema econômico, son lãs decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad”.¹²¹

Os Direitos Fundamentais, por sua ótica objetiva, consistem num conjunto de direitos auferidos em face do Estado e perante ele, delineados no ordenamento jurídico, determinando ações positivas dele para sua efetivação. Assim, os direitos fundamentais residem não apenas nos supremos dispositivos normativos, mas também, nas normas infraconstitucionais e, ainda, como elemento basilar na ação hermenêutica das normas, conduzindo sempre a decisões que preservem tais direitos.

Os direitos fundamentais, ensina Antonio Enrique Perez Luño, sob o *status activae civitatis*, que agrupam os direitos econômicos, sociais e culturais, sob o aspecto objetivo (coletivo) e subjetivo (individual), não se englobam nem anulam as liberdades individuais, mas exigem sua integração, e conclui que “por ello, estos derechos se integran cabalmente em la categoria omnicomprensiva de los derechos fundamentales, a cuya conformación han contribuido decisivamente”.¹²²

Em consonância com este posicionamento encontramos uma decisão do Tribunal

¹²⁰ MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.85.

¹²¹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Espanha: Editorial Tecnos, 1984, p.19.

¹²² Ibidem, p.25.

Constitucional Espanhol, colacionada pelo próprio autor, ao enunciar que os Direitos Fundamentais têm duplo caráter: objetivo e subjetivo, sendo o primeiro, um direito dos indivíduos, tendo como objeto a liberdade num âmbito existencial; em caráter objetivo, consubstanciado no Estado social de Direito, marcado por um ordenamento jurídico.¹²³

Considerando que o direito fundamental à saúde está contido nos direitos fundamentais, podemos concluir adequadamente que sua efetivação deve se dar tanto em sentido objetivo quanto subjetivo; para isto, devemos então analisar os preceitos normativos que asseguram, também, seu alcance individual e coletivo, a exemplo do que defende Eduardo Novoa Monreal, pois entende este que “um legislador zeloso da preservação dessa dignidade humana, haverá de resguardar a vida do homem [...]”.¹²⁴

A Constituição da República Federativa do Brasil,¹²⁵ no art. 4º dispõe que “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I- [...]; II- prevalência dos direitos humanos;”. Não obstante este dispositivo dispor das relações internacionais, podemos concluir que sua proteção se origina da prevalência dos direitos humanos enquanto assunto interno e nem um Estado alienígena poderá suprimi-los, a exemplo do que assegura o art. 5º inciso XLI, também da Constituição Federal, dispondo que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.¹²⁶ Se internamente os direitos humanos recebem proteção primordial, tanto mais deverá ser verificado nas suas relações com outros Estados.

Concernente a eficácia das normas constitucionais, não mais cabem dúvidas, principalmente após a promulgação da vigente Constituição Federal, pois assegura o § 1º do art. 5º que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais

¹²³ Supremo Tribunal Constitucional de 14 de julho de 1981, BJC, 1981, n. 5, p. 331. In: LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Espanha: Editorial Tecnos, 1984, p.26.

¹²⁴ MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.85.

¹²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹²⁶ Ibidem. [grifos nossos]

têm aplicação imediata.”¹²⁷ Por sua vez, o art. 6º da Carta Normativa Suprema, institui o Direito à Saúde entre os direitos sociais (direitos objetivos, como vimos ao início deste tópico), pois reza que

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. (Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000, DOU 15.02.2000).¹²⁸

Apreende-se, então, que o Direito à saúde compõe os direitos fundamentais, devendo se assegurar, a todos os cidadãos, a aplicação imediata de seu conteúdo. Ratifica o preceito, ainda, o disposto no art. 196 da CRFB/1988 eis que determina

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.¹²⁹ [grifo nosso].

Ademais, tem decidido no sentido da fundamentalidade do direito à saúde, por exemplo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao decidir um Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança, pois

1502109562 – CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL CIVIL – LIBERAÇÃO DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA VINCULADA DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO – FGTS – IMPETRANTE ACOMETIDO POR NEOPLASIA MALIGNA – ARTIGO 20, INCISO XI, DA LEI Nº 8.036/90 – DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE – RECURSO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDO – 1. [...]. 3. **O direito à saúde é considerado como direito fundamental da pessoal humana, sendo um direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal [...].** (TRF 3ª R. – AMS 2004.61.23.000873-8 – (263353) – 5ª T. – Relª Desª Fed. Suzana Camargo – DJU 06.06.2006 – p. 313) JCF.6.¹³⁰

O caráter subjetivo dos Direitos Humanos também foi objeto de apreciação jurisdicional, como este, que apresentamos a seguir, a título de exemplo, prolatado

¹²⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. [grifos nossos]

¹²⁸ Ibidem. [grifos nossos]

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo em Mandado de Segurança nº. 2004.61.23.000873-8. Relatora: Suzana Camargo. 06 jun. 2006. **IOB Júris Síntese**. Porto Alegre, Out-Nov 2006, 1 CDROM. [grifo nosso].

em sede de Agravo Regimental, o Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco decidiu que, uma vez comprovada a necessidade do medicamento, combinado com a impossibilidade de aquisição por faltar recursos financeiros, o autor tem legitimado o direito de receber a tutela do Estado, pela via jurisdicional, com fundamento nos arts. 6º e 196 da Magna Carta, em face de sua omissão.¹³¹

No *decisum* em análise verificamos a aplicação direta de dois preceitos constitucionais que nos interessam no momento: o primeiro que assegura o caráter subjetivo do direito fundamental à saúde (art. 6º. da CRFB/1988), pois determina que o Estado venha suprir necessidade medicinal do paciente ante sua incapacidade financeira de fazê-lo sob suas expensas; o segundo refere-se ao impedimento da legislação infraconstitucional em criar obstáculos à efetivação de direitos fundamentais (art. 5º, LXI, CRFB/1988). O Superior Tribunal de Justiça – STJ, em Medida Cautelar decidiu recentemente nesta mesma linha, demonstrando que absorve os princípios delineados pela Constituição Federal, pois entendeu que não é razoável que o Estado não custeie remédios a paciente, mesmo diante da norma contida no art. 196 da Constituição Federal que assegura este direito universal de igualitário.¹³²

Restou demonstrado que os doutrinadores, o legislador e os Tribunais considerando o direito à saúde pertencente aos Direitos Fundamentais, fazem sua implementação sob a proteção superior do princípio da dignidade humana, pois, qualquer omissão do Estado nesta área afeta tal princípio superior.

1.3.3 Princípio da Igualdade

Foi no século XIII que se constitucionalizou pela primeira vez o princípio de igualdade, tendo por veículo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, insculpida no art. 1º, e inserta no preâmbulo na constituição francesa de 1791 buscando atacar o crescente abismo entre classes sociais que o liberalismo insistiu

¹³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Pernambuco. Agravo Regimental nº. 122808-2/01. Relator: Eduardo Augusto Paura Peres. 28.nov.2005. IOB Júris Síntese. Porto Alegre Mar-Abr 2007, 1 CDROM. [grifo nosso].

¹³² BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. Medida Cautelar nº. 200600184365 – (11120) – RS. Relator: José Delgado. 08 jun. 2006. IOB Júris Síntese. Porto Alegre, Out-Nov 2006, 1 CDROM. [grifos nossos].

em promover e a história em registrar.¹³³ Sérgio Abreu, fazendo referência às constituições americana (1787) e francesa (1793) lembra que aquela limitou-se a retirar de seu conteúdo os títulos de nobreza, que tanto afastavam as pessoas de seus governantes.¹³⁴

Todavia, a noção de igualdade careceria ainda de amadurecimento pois, interpretada apenas como obstáculo a tratamento desigual de pessoas da mesma classe ou grupo, ou ainda, sob a mesma circunstância fática, não impediu o avanço das distorções de tratamento se observadas sob o inteiro corpo social de um Estado. André Houriou, apud Carlos Roberto Siqueira Castro, atestou que “o ideal de igualdade que se conseguiu concretizar no desfecho da revolução burguesa vitoriosa foi tão apenas o da isonomia formal e jurídica [...]”.¹³⁵ Sérgio Abreu elucida, ainda, que a postura do Estado mantinha-se afastado das questões sociais para dar máxima liberdade de oportunidades. Implica tal tipo de isonomia num tratamento em que, sendo todos tratados de forma isonômica, a condição originada das diferenças sociais, provocadas por longos períodos de discriminação étnica ou de exclusão educacional, não eram re-equilibradas. Essas condições perduraram até o advento da Primeira Guerra Mundial, quando começa a ser erigido o conceito de igualdade material.¹³⁶

A igualdade formal, então, constitui um cumprimento meramente conceitual, sem a preocupação de alcançar o real objetivo deste princípio. Tratar os iguais de forma sem compensar diferenças existentes no seio da sociedade implica aumentar ainda mais as diferenças; significa aumentar a distância entre as classes, privilegiar as castas. Esta forma de efetivação da igualdade deve, então ser lançada para fora do sistema positivo e outra forma de isonomia deve ser perseguida: a igualdade material.

¹³³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p.357.

¹³⁴ ABREU, Sérgio. O princípio da igualdade: a (in)sensível desigualdade ou a isonomia matizada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p253.

¹³⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p.359.

¹³⁶ ABREU, Sérgio. O princípio da igualdade: a (in)sensível desigualdade ou a isonomia matizada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p256s.

A igualdade material, cuja gênese ocorreu com a proclamação da República de Weimar, em 1920,¹³⁷ antes de consistir em simplesmente tratar todos da mesma forma – igualdade formal – tratará de igualar o status de todos. Podemos afirmar que: a igualdade formal é apenas um *modus operandi*; a igualdade material, todavia, faz desta um objetivo, um alvo. Duguit, apud Sérgio Abreu, ensina que a verdadeira igualdade consiste em “tratar igualmente coisas iguais e desigualmente coisas desiguais”.¹³⁸ Com este postulado, podemos, em consulta ao texto constitucional pátrio, aferir qual tipo de igualdade encontra-se preceituado em nosso ordenamento jurídico. No art. 3º em seu inciso IV encontramos a positivação da igualdade e o inciso III estipula a eliminação das diferenças sociais e raciais bem como a eliminação da pobreza; por corolário, a igualdade, considerando que se encontra arrolada entre os **objetivos** da República Federativa do Brasil, enquadra-se na modalidade de igualdade material, pois determina a eliminação das desigualdades.

A implicação desta constatação, então, é que o Estado deve atuar de forma a re-equilibrar os reflexos das desigualdades formais, motivo pelo qual encontramos muitas ações afirmativas,¹³⁹ ou seja, ações que promovem privilégios a certos grupos de pessoas, como as quotas para descendentes de determinada cultura para acesso ao ensino superior bem como para portadores de necessidades especiais. Esta forma de aplicação do princípio da igualdade invoca, como elemento indispensável, a aplicação concomitante do princípio da proporcionalidade¹⁴⁰ de forma a mensurar os reflexos decorrentes dos desequilíbrios provocados por um histórico discriminador e estabelecer uma política de tratamento diferenciado, proporcional a este desequilíbrio, para propiciar o alcance, em maior grau possível, da igualdade final, igualdade material. Outro princípio que se encontra vinculado, segundo lições de Sérgio Abreu, é o da dignidade humana, pois fundamenta uma série de direitos fundamentais que visam esta tutela.¹⁴¹

¹³⁷ ABREU, Sérgio. O princípio da igualdade: a (in)sensível desigualdade ou a isonomia matizada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p256s.

¹³⁸ Ibidem. p256s.

¹³⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p.363.

¹⁴⁰ Ibidem, p.361.

¹⁴¹ ABREU, Sérgio. O princípio da igualdade: a (in)sensível desigualdade ou a isonomia matizada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os princípios**

Desta forma, quando trazemos a aplicação do princípio da igualdade para o propósito de nossa pesquisa, encontramos a fundamentação para que pessoas de classes sociais financeiramente menos robustas recebam tratamento diferenciado, ou seja, mereçam atendimento à saúde de forma mais extensiva do que os pertencentes a classes sociais dotados de recursos monetários suficientes para suportar os custos dos tratamentos de saúde, como medida compensatória.

1.3.4 Colisões de Princípios

Ocorrendo colisão entre princípios, estes são dirimidos localizando os pontos de tensão e aplicando sobre esta situação o critério da ponderação sem, contudo, fazer com que o princípio não preponderante tenha sua eficácia anulada, mas apenas reduzida no limite que permita que o outro princípio prepondere mediante aplicação do critério de ponderação entre interesses opostos.¹⁴²

Um exemplo trazido pelo próprio Robert Alexy envolve o dever do Estado na aplicação da lei penal em face do direito fundamental do réu em preservar sua vida, pois sofre de distúrbio cardíaco e poderia não suportar a pressão advinda de uma audiência no tribunal. Neste caso há um campo de tensão entre um princípio e um direito fundamental em forma de uma norma positivada; ainda assim esta deve ser sanada mediante aplicação da ponderação. Para a solução o autor cria uma equação que denomina “relação de precedência” que pode ser condicionada ou incondicionada; esta ocorre quando não há exceções para a aplicação da precedência, aquela ocorre quando a aplicação da precedência depende das circunstâncias verificáveis em casos concretos, segundo o critério de aplicação de peso. A pergunta que deve ser lançada é: o interesse do Estado em aplicar a legislação penal precede o direito individual à vida? Se não existisse risco à vida, a lei penal deveria ser aplicada; presente a circunstância de risco, a preservação da vida recebe peso maior. A condicionante de precedência deve, portanto, conduzir à preservação de um direito fundamental, trazendo à ação uma proibição com fulcro

da **Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p260.

¹⁴² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.90s.

na lei fundamental. Esta regra vale, contudo, para as situações em que a relação de precedência não é absoluta e as situações ou ações não são quantificáveis. Nesta situação é que formam os mandados de otimização.¹⁴³

Quando falamos em direito fundamental à saúde pública, incide sobre este o princípio da dignidade da pessoa humana, positivado na Constituição Federal em seu primeiro artigo. Tal como o dever do Estado em aplicar a norma penal para proteger a sociedade, trazido à baila por Robert Alexy, em nosso caso o Estado também está sob o princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, incidentes na relação de efetivação do direito fundamental à saúde. Esta circunstância mostra-se absolutamente complexa, sendo tratada mais adiante, pois há ainda que se estudar algumas variáveis, tais como o princípio da dignidade da pessoa, o princípio da igualdade e o sistema orçamentário.

Esta forma, todavia, é questionada por Jürgen Habermas pois afirma que isto retira o valor deontológico dos princípios.¹⁴⁴ Todavia, com máxima vênua, o entendimento é passível de impugnação, pois verificamos que o próprio Robert Alexy jamais apregoou a atenuação deontica dos princípios, ao contrário, para dar-lhes consistência e incidência permanente defendeu que, mesmo em situações de colisão de um princípio com outro, a solução não consiste em retirar a cogência de um em detrimento de outro, mas, antes, mediante a ponderação, haver máxima aplicação possível de acordo com a circunstância. Ademais, já verificamos que até as regras podem sofrer limitação na sua aplicação em determinadas circunstâncias, quanto mais os princípios, por ter maior abrangência.

Os conflitos de direitos fundamentais foi também enfrentado por Gilmar Ferreira Mendes acautelando-nos para o fato de que nem sempre os conflitos podem ser reais, mas sim aparentes. Explica-nos, ademais, que a colisão ocorre quando o exercício de direitos individuais é invocado por titulares distintos ou ainda, “entre

¹⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.90s.

¹⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p322s.

direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade”.¹⁴⁵ Este é o caso do direito social à saúde, exigido em face do Estado, qual tutor dos bens desta própria sociedade. É verificado quando um paciente busca atendimento e encontra um hospital sucateado e com insuficiência de médicos, sem condições de lhe atender, sob argumento de que não há suficiente verba para o aparelhamento e/ou para contratação de recursos humanos. Temos a busca de um direito individual em oposição aos bens jurídicos da sociedade. Provaremos que se trata de um aparente conflito. O Estado tem o dever de propiciar plena estrutura de atendimento à população e a alegação de falta de recursos não pode ser sustentada eis que há um orçamento que deve ser ajustado, anualmente – segundo os critérios do Plano Plurianual – e qualquer alegação neste sentido apenas atestará falhas quer na sua elaboração ou na aplicação e gerenciamento dos recursos. De outra forma, bastaria indagar: porque não foram alocada maior monta de recursos? E a resposta incidiria na própria instituição elaboradora das peças orçamentárias, ou seja, o próprio Estado, aquele que alega colisão de princípios, quando o problema está no planejamento de seus próprios atos.

1.3.5 Interpretação e Efetivação

A efetividade de normas constitucionais, sua aplicabilidade imediata ou diferida merecem elucidação cabal visando estabelecer uma base sólida, cujo postulado deverá ser aplicado ao direito constitucional à saúde. De fato, Konrad Hesse não admite que a Constituição tenha limitado seu poder efetivador, mesmo sob fatos históricos, políticos e sociais. Mas precisa, para tal efeito, uma disposição oriunda da consciência “dos principais responsáveis pela ordem constitucional”.¹⁴⁶

Ao apresentarmos desta forma a questão, outro aspecto que se encontra intimamente associado é o da interpretação da Constituição: a quem cabe fazê-la visando aplicar o conteúdo de seus preceitos aos casos concretos?

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p77.

¹⁴⁶ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. (Die Normative Kraft der Verfassung). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p.5.

Para esta argüição uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição foi vislumbrada por Peter Häberle ao defender que “na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição”.¹⁴⁷ Esta visão apresenta uma forma inovadora e potencializadora de direitos fundamentais constitucionais, concedendo poderes a qualquer indivíduo ou coletividade que demande uma necessidade básica.

Podemos exigir que os preceitos constitucionais concernentes aos direitos sociais à saúde sejam aplicados ou dependem de regulamentação? Encontramos em Manoel Gonçalves Ferreira Filho uma das vozes mais ativas na defesa de que a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais devem ser tabuladas pelas leis ordinárias.¹⁴⁸ Por outro lado, Eros Roberto Grau leciona que tais direitos, “em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa”.¹⁴⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, estudando o assunto, apontou completa falta de sedimentação sobre este aspecto no ordenamento jurídico brasileiro¹⁵⁰ reputando-o inaplicável, por inconsistente. Antonio Enrique Perez Luño encerra a questão asseverando que “os direitos fundamentais deixaram de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para delinear um conjunto de valores e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”.¹⁵¹ Não restam dúvidas, portanto, que os direitos fundamentais trazem em seu escopo a determinação de sua efetivação, independentemente de normas infraconstitucionais. Admitir o contrário seria dar à lei ordinária maior poder do que tem a própria Carta Magna.

Não obstante esta interpretação, o direito fundamental à saúde encontra-se fartamente positivado, razão pela qual, mesmo se considerássemos que os direitos sociais, nesta qualidade integrantes das normas programáticas – no sentido de

¹⁴⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editores, 2002, p.37s. ‘Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur Pluralistischen und ‘Prozessualen’ Verfassungsinterpretation.

¹⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. In: **RGESP n. 29** (1988), p.35.

¹⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 3a. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.322.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p 253ss.

¹⁵¹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. Espanha: Editorial Tecnos, 1984, p.21.

restringir sua aplicação – ensejariam um conjunto de leis ordinárias, ainda assim, verificando-se que há um inteiro sistema normativo circundando o tema, seriam de aplicação cogente.

2 CONSTITUIÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Quando abordamos os Direitos Humanos e, em seguida, nos encaminhamos aos Direitos Fundamentais ¹⁵², verificamos que estes definem o modelo constitucional, e por corolário, a vida social. Importante destacar o ensinamento de Antonio Enrique Perez Luño, enfatizando que há

um estreito nexo de interdependência, genético e funcional, entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, em que o Estado de Direito exige e invoca para garantir os direitos fundamentais, uma vez que estes exigem e implicam, para sua realização, um Estado de Direito. (tradução livre).¹⁵³

Assim, não podemos falar em condições sociais salubres sem que concebamos um ambiente ideal para o desenvolvimento dos cidadãos. Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito é o solo fertilizado, ideal, para o desenvolvimento dos Direitos Fundamentais. O nível de efetivação – ou de atendimento – desta classe basilar de direitos será proporcional à saúde do sistema normativo que encontra na Constituição Federal seu ápice normativo e fundamentador.

Demonstramos, nestas linhas introdutórias, a relação entre o Estado Democrático de Direito e a Constituição. Passemos, então, a fazer uma breve consideração destes aspectos, para que possamos nos dirigir ao ápice, fazendo-o em tópico concludente deste capítulo.

2.1 ORIGEM DO ESTADO

Qual a finalidade de tecermos, mesmo que brevemente, a origem do estado? Como demonstramos acima, sob o Estado, que tem em sua estrutura, um sistema normativo encabeçado pela Constituição, é que se estabelece a plataforma garantidora do atendimento dos Direitos Humanos, que positivados, passam a ser denominados Direitos Fundamentais. Este tópico visará firmar uma base comum

¹⁵² Veja tópico 1.2 “Direitos Fundamentais na Pós-modernidade”.

¹⁵³ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. Espanha: Editorial Tecnos, 1984, p.19. No original: um estreito nexo de interdependência, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho.

para analisarmos a importância da saúde política do Estado na efetivação das normas constitucionais, e, mais especificamente, aquelas que tratam do direito à saúde pública, sendo oportuno lembrarmos o ensinamento de Antonio Enrique Perez Luño pois “los derechos fundamentales constituyen la principal garantía com que cuentan los diudadanos de um Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana”.¹⁵⁴ Conclui, ademais, que os direitos fundamentais norteiam o ordenamento jurídico sob a estrutura do Estado.¹⁵⁵

O Estado abriga as aspirações de um conjunto de pessoas que, sob um ordenamento jurídico, denomina-se povo. Desta forma, as aspirações comuns – também delineadas como fim do Estado – remetendo-nos à noção de ‘bem comum’ encontrando eco nos direitos fundamentais.

2.2 MODOS DE ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO

Do ‘Estado Liberal’ surge o ‘Estado Social’ que, em situações adequadas, dá lugar ao ‘Estado Social Democrático’, uma vez que é sob este, segundo defende Paulo Bonavides, apontando para um Estado Social de Constitucionalismo democrático, presente no ocaso do século XX, “o mais adequado a concretizar a universalidade dos valores abstratos das Declarações de Direitos fundamentais”.¹⁵⁶ Desta afirmação emerge a necessidade de considerar, de forma breve, cada uma destas importantes fases na história da evolução do Estado, estando aptos a identificar; a) o Estado Social do Estado; b) o Estado Social da Sociedade.

Ressalve-se que, em termos gerais, abordamos alguns aspectos concernentes a passagem do período moderno ao pós-moderno fazendo referências ao Estado liberal e ao Estado pós-moderno. No capítulo atual, porém, nos ateremos de forma mais específica a aspectos do Estado e suas particularidades em relação ao modelo econômico na direção das políticas de governo segundo a opção adotada.

¹⁵⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. Espanha: Editorial Tecnos, 1984, p.20.

¹⁵⁵ Ibidem, p.22.

¹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.32.

2.2.1 Estado Liberal

O Estado Liberal nasceu com o despontar do Iluminismo, no século XVII, e tinha como motivação a liberdade moral do indivíduo, valorizando o homem e seu potencial qual determinador de seus passos, estendendo-lhe uma liberdade como não havia se presenciado antes. Todavia, devemos distinguir o conceito de liberdade que se desenvolveu sob o liberalismo da liberdade em relação à democracia.

Enquanto o conceito democrático de liberdade visa conceder ao homem plena prerrogativa de participação nas políticas e decisões do Estado, o conceito de liberdade no liberalismo pretende manter o Estado afastado do indivíduo para que este possa agir da forma mais desprendida possível em relação aos demais entes. Assim, poderíamos resumir que o conceito de liberdade no liberalismo visa conceder-lhe 'liberdade frente ao Estado', isto é, o "status negativus" de liberdade; no conceito democrático, visa conceder-lhe garantias de plena participação no Estado, também denominado "status activus".

O liberalismo influenciou de tal modo a vida dos cidadãos que alcançava até mesmo liberdades fundamentais como a econômica – inclusive o exercício de profissões – e a religiosa. É neste período que se sedimenta o contrato, concedendo-se ampla liberdade na pactuação de cláusulas, visando a expansão de negócios e mercados.. O Estado, por sua vez, não apresenta muitas restrições – ou garantias – aos indivíduos, limitando-se a garantir o direito à propriedade privada e a segurança, principalmente a patrimonial.

Em 1714 Mandeville estrutura a base sociológica do liberalismo, denominando-a de "fábula das abelhas", que consiste em atribuir a vícios individuais, sobretudo o egoísmo e a vaidade como propulsoras das atividades econômicas do homem que, por conseqüência, conduzirá à prosperidade da comunidade. Nesta linha de raciocínio, os fisiocratas, presentes à época, apontavam para o egoísmo individual como instrumento condutor ao desenvolvimento ordenado da vida econômica para, então, chegar-se a uma ordem natural da sociedade. Defendia que deveria se deixar o mercado, as pessoas em sociedade, correr seu livre curso, pois assim a economia

e a vida da comunidade se desenvolveriam harmoniosamente.

O liberalismo erigiu-se e manteve ativa a liberdade total para que cada um alcançasse a satisfação de seus interesses e tinha como instrumental a competição, o trabalho e o emprego do capital, quer próprio quer de terceiros. O Estado, em contra-partida, tinha duas obrigações fundamentais, das quais não abdicava: a soberania a ataques externos e a segurança policial e jurisdicional. A existência e preservação de algumas instituições públicas somente se justificariam se voltadas, então à segurança e à soberania.

Wilhelm von Humboldt, em 1792, escrevendo sobre “Idéias relativas a uma tentativa de determinar os limites de ação do Estado” ¹⁵⁷ afirmou que “O Estado deve abster-se de todo o cuidado pela prosperidade positiva dos cidadãos e não deve dar mais passo algum além dos que forem necessários para os proteger contra si próprios e contra inimigos externos; não deve restringir a liberdade deles para outra finalidade qualquer”.

Esta linha de pensamento, aplicada à sociedade, trouxe graves problemas já no século XIX, sendo amplamente divulgados à época. Emblematicamente, podemos apresentar a flagrante escravidão do Estado Moderno, noticiada pelo Daily Telegraph de Londres, em 1860, que denuncia crianças trabalhando desde a madrugada, provocando uma campanha pela redução da jornada de trabalho para, pasmem, dezoito horas diárias ‘apenas’! Neste ínterim, o Estado nada fazia para conter a ânsia de lucro daqueles que detinham o capital. Ferdinand Lassale, fundador da Liga Geral dos Operários Alemães ¹⁵⁸, em 1862, descreveu o papel do Estado, à época: guarda noturno; ou seja, de dia nada faz para proteger os oprimidos, à noite preocupa-se, tão somente, em vigiar o patrimônio.

2.2.2 Estado Social

O Estado Social com hegemonia da sociedade com máxima abstenção do Estado,

¹⁵⁷ Título original: Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen.

¹⁵⁸ Allgemeiner Deutscher Arbeiterverein.

também denominado Estado social da sociedade, é a estrada mais adequada para conduzir à satisfação dos direitos fundamentais, por meio da liberdade individual, permeado pelos direitos da segunda dimensão, isto é, da fraternidade. A liberdade, sob esta forma, é a que traz em seu bojo valores mais igualitários e fraternos em detrimento dos anseios puramente capitalistas, sem, contudo, perder esta característica secular¹⁵⁹ na esteira da Revolução do século XVIII que tinha como bandeira a implantação de um “constitucionalismo concretizador de direitos fundamentais”¹⁶⁰ com alvo da igualdade, liberdade e fraternidade.

O tema se faz importante a ponto de um dos maiores estudiosos da Teoria Geral do Estado afirmar, categoricamente, que, ao observar o panorama mundial, só há duas alternativas: “Estado social ou ditadura” e justifica que “sem Estado social não há democracia, e sem democracia não há legitimidade”.¹⁶¹ Não podemos denominar, por corolário, Estado Social aquele sob o qual encontramos um ambiente destituído de práticas que proporcionem o re-equilíbrio das diferenças existentes no seio social, originadas por inúmeras causas, tais como a discriminação étnica, impedimento de acesso à satisfatória formação educacional e profissional e políticas econômicas pretéritas que provocaram concentração de renda.

Partimos do princípio que a finalidade do estado é livremente escolhida – Teoria Finalista – a saber, o bem comum, encontrado de forma que atenda aos anseios mais nobres, comuns ao povo, satisfazendo suas necessidades, básicas e complementares, propiciando o contínuo desenvolvimento humano¹⁶². O Estado Social, portanto, deverá praticar constantemente políticas que promovam a igualdade material do homem, tendo como parâmetro a dignidade da pessoa.

O Estado deve possuir uma estrutura organizacional com recursos financeiros, administrativos, humanos e físicos, que atenda às necessidades de todos, segundo as demandas de cada classe social. Este requisito é o que, quando presente, consolida o Estado Social e quando ausente, destitui-lhe desta qualificação,

¹⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.33.

¹⁶⁰ Ibidem, p.34.

¹⁶¹ Ibidem, p.38.

¹⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.23s.

posicionamento com o qual corrobora Dalmo de Abreu Dallari, afirmando que “quando uma sociedade está organizada de tal modo que só promove o bem de uma parte de seus integrantes, é sinal de que ela está mal organizada e afastada dos objetivos que justificam sua existência”.¹⁶³

De Jean Jacques Rousseau em diante, vemos que é imperioso que o bem comum seja atingido e que o Estado busque-o constante e incansavelmente, não apenas para receber uma avaliação de seu desempenho, muito mais do que isso, para justificar sua existência. Em nada acrescenta a formação de um Estado se não atingir o alvo que lhe deu legitimidade. O homem abre mão de sua liberdade individual em detrimento da organização social com escopo jurídico para que, em troca, receba a proteção e cuidados desta entidade, o Estado.

Quando nos deparamos com um ambiente em que a saúde de parcela significativa da população está desamparada, verificamos que ajustes profundos e urgentes devem ser efetuados, não apenas em termos de estrutura, mas de reencontro dos propósitos que legitimaram o poder do Estado, sob risco deste perder sua própria soberania¹⁶⁴ por fortalecimento de instituições internas que venham para compensar sua inércia.

2.2.2 Estado de bem-estar social

Uma característica do Estado Social é sua atuação socializante, qual fruto das lutas da classe operária¹⁶⁵ que propiciaram um ambiente de proteção trabalhista e social, mas sempre sob uma forte influência capitalista. As bases ideológicas do Estado social são encontradas sob as lutas das classes operárias e por isso refletem conquistas de amparo à sociedade, não raro, com políticas distributivas.

Este ambiente, contudo, não impediu o grande abismo de classes sociais,

¹⁶³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.23s.

¹⁶⁴ Segundo Paulo Bonavides, a soberania no Estado é aquela que legitima o poder das instituições públicas como soberanas a qualquer outra, em um determinado Estado; já a soberania do Estado se impõe perante outros Estados. BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**.13.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 138.

¹⁶⁵ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: introdução. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.211.

principalmente em países que ainda buscam o estágio mediano de desenvolvimento. Neste clima social desenvolveu-se o estado de bem-estar social, para buscar resgatar a efetivação dos direitos fundamentais para o resgate da dignidade humana, extraíndo do texto normativo supremo de cada Estado o máximo de proveito social, tendo como emblema o Plano Marshall do pós II Guerra Mundial. Esta gênese rendeu ao *Welfare State* o selo de produto político americano, de caráter emergencial, bem diferente do Estado Social que é fruto de um longo período de amadurecimento da teoria política.

Enquanto o socialismo do leste europeu avançava, figurando a Revolução Russa figurava como fato desencadeador; o Estado do Bem Estar Social representou o antídoto deste quadro que se desenhava. Portanto, o cerne do *Welfare State* desempenha papel conservador diante dos ideais socialistas implementados no limiar do século XX, e encontra-se vinculado ao “desenvolvimento do projeto liberal”¹⁶⁶ tendo suas raízes históricas na Constituição mexicana de 1917 e a alemã de Weimar de 1919.

O Estado do Bem-estar Social, mister salientar, consiste na atuação do Estado, mediante políticas sociais, no atendimento de benefícios previdenciários, pela assistência social, oferta de meios de transporte à população, ampla assistência à saúde, ações sob a ótica do caráter social do emprego e da propriedade. Este ambiente configura, desta forma, a passagem do Estado Mínimo para o Estado Intervencionista, no sentido de assumir a realização direta de tarefas que antes eram consideradas apropriadas à iniciativa privada, ou seja, sua característica marcante é a realização pelo Estado de serviços que reputa úteis à sociedade. É neste sentido que Mário Lúcio Quintão Soares lembra o Estado como “co-responsável pela situação econômica, [...] e que este Estado deve fomentar e garantir a manutenção, a estabilidade e o crescimento da economia”.¹⁶⁷

O *Welfare State* não conseguiu resistir às demandas sociais e econômicas da sociedade, pois, apregoando uma social democracia, transforma o Estado em

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 62s.

¹⁶⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: introdução. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.211.

extremo provisor, dando-lhe um caráter visivelmente assistencialista; as demandas sociais desta postura não conseguem ser atendidas e expõe o fracasso do intento, exigindo elevadas cargas tributárias. A tributação sempre desempenhou papel definidor das políticas econômicas e sociais do Estado. Quando buscamos comparar as políticas de Estado devemos considerar esta particularidade. Assim, ao buscarmos comparar tais postulados ao Brasil, fazendo ainda um paralelo com as políticas de saúde dos países da OCDE e, em especial, Portugal, podemos encontrar resistência para sua subsunção, uma vez que o Estado de Bem-Estar Social naqueles é uma situação fática enquanto que no Brasil, apenas um discurso, como muito bem se expressou Marciano Buffon. Comentando aspectos tributários e seu papel social, denunciou que

a tributação cumpriu um significativo papel no agravamento das desigualdades sociais, especialmente em relação àqueles países, nos quais o **Estado do Bem-Estar Social foi concebido apenas como 'obra literária'**, uma vez que existente, unicamente, sob o aspecto formal (o Brasil é o melhor exemplo).¹⁶⁸

Apreendemos, deste enunciado, que o sistema tributário do Brasil, atualmente, eleva ainda mais a concentração de riquezas, configurado, principalmente pela má prestação de serviços públicos; situação esta que comporia um quadro completamente diferente se a prestação pública de serviços atendesse a necessidade da população; o *Welfare State* mostra-se, desta forma, inapto para que sejam alcançados os alvos do Estado,¹⁶⁹ ou seja, que o bem comum seja entregue a cada membro do povo. O Estado de Bem-estar Social, por fim, acaba desembocando no Estado Democrático do Direito, num processo conjunto com o desenvolvimento do Estado Social.

2.2.3 Estado democrático de direito

Encontramos um Estado de Direito quando o Estado se reveste por um sistema jurídico consistente, mas se destitui de qualquer elemento moral, ético, sociológico,

¹⁶⁸ BUFFON, Marciano. **A crise estrutural do estado contemporâneo**: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p75.

¹⁶⁹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: introdução. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.213.

encontrando um Estado puro de direito, numa concepção kelseniana.¹⁷⁰ Mas o Estado democrático tem em sua estrutura uma fundamentação consistente num sistema com plena participação popular.

Embora incompleta, pois não reconhecia a capacidade de participação de parcela significativa da sociedade, a democracia grega marca o início da participação popular nos atos do governo. Platão, todavia, já reconhecia que, embora melhor do que sistemas autoritários dominantes à época “jamais se alcançaria a cura dos males do mundo numa democracia” tais como a corrupção e o excesso no uso do poder.¹⁷¹ Um conceito hodierno de governo democrático implica a existência de três elementos-chave: a) ampla participação política; b) consulta popular em assuntos essenciais; e, c) competitividade partidária, conduzindo a alteração dos utentes políticos, conforme ensina-nos Joseph Schumpeter, citado por Ian Shapiro.¹⁷²

A democracia é o regime de governo mais comum atualmente encontrada nos Estados, todavia, está longe de atingir seu ideal, pois há diversos obstáculos de ordem operacional, como por exemplo, atingir uma forma adequada de representação, uma vez que os eleitos para fazer valer a vontade dos representados não raro afastam-se dela quer por pressão do sistema em que se inserem ou por enveredarem nos tortuosos e destruidores caminhos dos interesses pessoais em detrimento dos interesses coletivos.

A participação nos assuntos diretivos do Estado é uma marca da democracia, mas para que saia do discurso e entre no mundo dos fatos, exige a disposição de participação, o que nem sempre ocorre e quando existe, apenas em situações de extrema crise, criada habitualmente por um quadro de aguda corrupção ou usurpação de poder. No cotidiano, contudo, não se percebe esta participação popular nos assuntos governamentais.

Por exemplo, ao tratarmos do problema de saúde pública qual objeto do presente trabalho, pode verificar-se que, apesar dos cidadãos manifestarem conhecimento

¹⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.44s.

¹⁷¹ SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.248s.

¹⁷² Ibidem, p.261s.

das condições apresentadas e que estas se mostram muito aquém das necessidades e da proposta da República, há apenas o sentimento de que algo precisa ser ajustado, mas não conseguem vislumbrar com exatidão o que pode ser feito. Esta é a problemática com que nos defrontamos sob o atual Estado Democrático de Direito.

A consulta popular pode ser realizada por sufrágio que é “o poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de participar direta ou indiretamente na soberania, isto é, na gerência da vida pública”¹⁷³ podendo desdobrar-se em: votações ou eleições. Quando apreciam e opinam diretamente em um assunto, ocorre a votação. Quando escolhem representantes para fazê-lo, temos a eleição. Enquanto as eleições referem-se à escolha dos ocupantes de cargos eletivos, a votação tem como objeto de decisão assuntos legislativos e desdobra-se em: a) plebiscito; b) *referendum*; c) iniciativa; d) direito de revogação; e, e) veto. Analisaremos brevemente cada um destes institutos.

a) O *referendum* é a participação popular realizada para o posicionamento acerca de determinada norma, ou seja, tem conexão estritamente legislativa e subdivide-se em *ante legem* e *post legem*. O primeiro refere-se a uma consulta preventiva sobre determinado texto legal; o segundo ocorre quando a vontade popular é manifestada após o ato legislativo concluso para confirmá-lo ou rejeitá-lo. Consiste, portanto, na atuação conjunta do órgão legiferante com os eleitores. O grande problema sempre surge quando se analisa a capacitação cultural dos eleitores em relação ao objeto da votação, posicionamento, aliás, já salientado por Montesquieu, ao denunciar a aguda falta de aptidão do povo nos assuntos governamentais.¹⁷⁴ De fato, questiona-se com freqüência se os eleitores possuem aptidão e conhecimento suficiente para fazerem a melhor escolha a médio e longo prazo o que tem reflexo direto ao nível de formação educacional dos cidadãos. Quanto mais estruturado, culturalmente, um povo, melhores serão as condições que usufruirão para realizar sua escolha.

b) O plebiscito é a oportunidade que se concede à manifestação da opinião pública, representada pelos legitimados – os eleitores - para manifestarem-se sobre

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**.13.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.245s.

¹⁷⁴ Ibidem, p.307.

aspectos fundamentais conexos com a estrutura basilar do Estado e seus aspectos elementares. Assim, assuntos relacionados a extensão do território, forma e regime de governo seriam plausíveis para submissão à apreciação popular via plebiscito.¹⁷⁵

c) A iniciativa consiste na prerrogativa que é dada à população propor um projeto de lei para que receba o trâmite legislativo visando a positivação de assunto de interesse público. É reconhecidamente declarado como um superior instrumento do exercício da democracia.¹⁷⁶

d) O direito de revogação, instrumento pertinente aos Estados que praticam a democracia semi-direta, para que os eleitores antecipem, segundo critérios populares, o fim do mandato dos ocupantes de cargos eletivos, quer funcionários ou parlamentares. No Brasil não encontramos este instrumento de participação popular positivado, sendo observado contudo, na Suíça (*abberufungsrecht*) e nos Estados Unidos (*recall*).¹⁷⁷

e) Através do Veto, os eleitores manifestam-se contrários à prospectiva norma que teve seu processo legislativo concluído, encontrando-se devidamente publicada. Há um período estabelecido para que esta manifestação seja realizada, configurando o silêncio público uma aceitação. Ocorrendo a invocação do processo de veto, se ocorrer a rejeição da norma seu efeito retroagem *ex tunc*, todavia, se ocorre a aprovação, a lei prossegue com sua regular validade, vigência e eficácia.¹⁷⁸ No Brasil não encontramos este instrumento de manifestação popular.

Retornemos agora à consideração dos demais aspectos que identificam a democracia num Estado. A competitividade partidária, embora consista em mecanismo que visa uma fiscalização do poder dominante, ao mesmo tempo em que propicia o revezamento dos ocupantes dos cargos eletivos, também enfrenta graves questões pragmáticas. Os partidos, pressuposto elementar da competitividade política, com freqüência lutam em ambiente de desproporcional. Há partidos muito bem aparelhados, muitas vezes devido a sua longa existência, e

¹⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**.13.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.307.

¹⁷⁶ Ibidem, p.311.

¹⁷⁷ Ibidem, p.313.

¹⁷⁸ Ibidem, p.316.

outros que, iniciando, encontram dificuldade para atuar, pois dispõem de reduzidos recursos financeiros, o que pode criar um quadro de pseudo-competitividade.

Finalmente, para identificar um Estado Democrático, mister verificarmos a quem se atribui a soberania: aos poderes constituídos do Estado ou ao povo que o estabeleceu. Jean Jacques Rousseau apregoa que “a legislação não é propriamente senão condições de associação civil. O povo, submetido às normas, deve ser o autor delas; compete unicamente aos que se associam regulamentar as condições da sociedade”.¹⁷⁹

Torna-se nítido, portanto, que a soberania deve residir no seio do povo, sendo ele o legitimador e beneficiário do Estado, este deve servi-lo e nunca o inverso. Este enunciado, embora possa parecer comum e nada extraordinário, representou a quebra de um paradigma à época dos dias de Rousseau, eis que preponderava o modo absolutista de governar. Hodiernamente, este é um dos mais elevados preceitos do Estado, implicando toda uma reestruturação constitucional, no exato sentido defendido por Rousseau. Todo o ordenamento jurídico deve considerar este preceito, concedendo ao povo a oportunidade de manifestar-se e regulamentar oportunidades de correção dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, utilizando-se, para tal, de garantias constitucionais mediante a jurisdição, o que nos leva ao Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito consistirá, portanto num Estado em que os poderes encontram-se postos de forma democrática, isto é, com oportunidade de participação popular, acrescido de uma estrutura jurídica que mantenha o Estado coeso e coerentemente atado a um sistema normativo, denominado Ordenamento Jurídico, legitimamente implementado. Esta legitimidade advém obrigatoriamente do povo, que detém a soberania do Estado. Realizando a subsunção dos conceitos aqui traçados, podemos afirmar que o Brasil é, sem dúvida, um Estado Democrático de Direito, ou seja, tem como princípio básico de sua formação qual Estado, a democracia e, para tal, erigiu um sistema normativo para o amparar, consolidar e garantir sua perpetuação sob este *status quo*.

¹⁷⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2006. p.46.

O Brasil ser um Estado Democrático de Direito implica dizermos que seu inteiro ordenamento jurídico encontra-se estabelecido para realizar o bem comum aos cidadãos, mediante ações comissivas ou omissivas. Comissivas, quando se tratar de preencher as necessidades fundamentais de seu povo; omissivas, para que todos possam usufruir na maior medida possível de sua liberdade. Este enunciado, portanto, nos conduz à consideração da efetivação dos direitos fundamentais, enviando-nos ao debate da Constituição Dirigente e das normas programáticas.

As normas programáticas, em nosso meio, foram delineadas pela doutrina como um elemento justificador das omissões do poder público perante a sociedade. Neste sentido ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, em nossa Carta Magna há dois tipos de normas, enumerando-as em: normas auto-executáveis e normas não auto-executáveis; subdivide estas em três subespécies: a) incompletas; b) condicionadas; e c) programáticas, sendo estas as que se limitam a indicar “planos ou programas de atuação governamental” e prossegue identificando sua incapacidade para efetividade lecionando que “não só reclamam lei ordinária de complementação ou regulamentação, mas também exigem medidas administrativas para que possam tornar-se efetivas”.¹⁸⁰

O conceito de Normas Programáticas, contudo, foi aplicado na Itália com intuito inverso do que é utilizado em nosso meio. Vejamos: na Constituição da Itália, à época, já existiam dispositivos sociais cujo cumprimento se reclamava, desta forma, estas passaram a ser intituladas Normas Programáticas para dar força normativa, caráter cogente, exigindo, por fim, seu cumprimento, sua realização, sua efetivação.

Percebe-se cristalinamente que o conceito de Normas Programáticas idealizado naquela circunstância tem significação inversa da que efetivamente se verificou, tanto na Itália quanto no Brasil. Gilberto Bercovici, lamentando tal aplicação, resume que “norma programática passou a ser sinônimo de norma que não tem qualquer valor concreto, contrariando as intenções de seus divulgadores” e denuncia, ainda, que “toda norma incômoda passou a ser classificada como ‘programática’,

¹⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p13.

bloqueando, na prática, a efetividade da Constituição e, especialmente, da Constituição Econômica e dos direitos sociais”.¹⁸¹

A vigente Constituição clama por cumprimento de suas normas, não mais se admitindo tentativas de minimizar seu poder cogente qual norma de máxima efetivação do nosso ordenamento jurídico. Imperativo aplicar uma hermenêutica leal aos fundamentos da República, conforme delineado logo na abertura de seu enunciado. Buscando o pleno resgate da força efetivadora dos preceitos constitucionais, Gilberto Bercovici exorta que “é necessário sair do instrumentalismo constitucional a que fomos jogados pela adoção exageradamente acrítica da Teoria da Constituição Dirigente”,¹⁸² creditando a esta doutrina o resultado enfraquecedor das normas, principalmente as sociais, da constituição brasileira.

3. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

3.1 CONCEITO DE SAÚDE PÚBLICA

Ensina Maria Stela Gregori que “a palavra *saúde* se origina do latim *salute*, no sentido de ‘salvação, conservação da vida, cura, bem-estar’”¹⁸³ endereçando o termo ao conceito adotado pela Organização Mundial de Saúde – OMS. Este, por sua vez, tornando o conceito pragmático, abarca o pleno “bem-estar físico, mental e social”. Desta forma, não podemos focar apenas ações que ataquem enfermidades. Mais do que restabelecer a saúde das pessoas, deve o Estado buscar, mediante programas e implementação de projetos, criar infra-estrutura que previna doenças e enfermidades.

O art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos vai ainda além, preconizando que no direito à saúde insere-se o acesso “a um padrão de vida capaz

¹⁸¹ BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e constituição dirigente. In: BONAVIDES, José Joaquim Gomes; LIMA, Francisco Gérson Marques; BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p.219ss.

¹⁸² Ibidem, p.248s.

¹⁸³ GREGORI, Maria Stela. **Planos de saúde**: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.19.

de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar”.¹⁸⁴ Este preceito remete-nos, forçosamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser este “o fundamento norteador de todo o sistema constitucional, é um valor espiritual e moral inerente a todo ser humano [...] e, para respeitá-la, é preciso assegurar, também, os direitos sociais”.¹⁸⁵

Demonstrado, então, que a saúde é um elemento inerente à preservação da dignidade da pessoa humana, inserindo-se entre os direitos sociais, e como tal, deve receber, por determinação constitucional, a tutela do Estado.

Dalmo de Abreu Dallari ensina que, embora o homem já se preocupasse com a higiene alimentar e o exercício físico, foi do Renascimento em diante que o homem passou a preocupar-se com o bem-estar da comunidade de sua cidade elevando a higiene a um patamar de importância superior incrementando o poder de vigilância da administração da cidade sobre as pessoas; os exercícios físicos, com o Romantismo, passaram a ser ainda mais apreciados, pois se entendeu que o homem necessitava se aproximar da natureza.¹⁸⁶

Na Alemanha, com o “cameralismo”, no século XVII, surge a polícia médica; Hohenzollern cria, em 1685, nos territórios da Prússia, o *Collegium sanitatis* cuja atribuição era supervisionar a saúde pública. Verifica-se uma crescente preocupação da administração do Estado com o bem-estar propiciado, conforme nos lembra Dalmo de Abreu Dallari, a partir da teoria política do barão de Pufendorf externada pela obra *Direito Natural e Direito das Gentes*, de 1672, pois exortava que “a força de um Estado consiste no valor e nas riquezas dos Cidadãos”.¹⁸⁷

Foi o Iluminismo, no século XVIII, que trouxe uma grande mudança no papel do Estado em controlar as práticas médicas e farmacêuticas para repelir o charlatanismo, exaltando os métodos científicos; aliou-se a isto, a vindicação dos direitos do homem exigindo do Estado um melhor ambiente. Mas nem tudo estava

¹⁸⁴ GREGORI, Maria Stela. **Planos de saúde**: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.19.

¹⁸⁵ Ibidem, p.21.

¹⁸⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: Ministério da Saúde (Org). **Direito sanitário e saúde pública**. Vol.1. Brasília: Síntese, 2003, p39s.

¹⁸⁷ ibidem, p40.

resolvido, pois sob o Estado Liberal, a prestação de assistência social e médica não era dever primordial do estado, mas sim da comunidade. Somente quando esta não conseguisse amainar os problemas é que o Estado passaria a agir, e, mesmo assim, precariamente. Assim, apesar da evolução que o conceito de saúde pública toma, a atuação do Estado ainda deixava muito a desejar.

Mérito seja concedido, deveras, ao liberalismo que inseriu no rol das atividades do Estado, a proteção à saúde, ganhando status constitucional, provocado principalmente pela Restauração francesa trazendo leis sobre higiene urbana, ambiente de trabalho e controle de fronteiras. Ainda assim não é a área da saúde pública uma prioridade política, o que somente vem ocorrer às vésperas do século XIX.

A conexão da saúde à economia, a higiene como um 'saber social', a saúde pública como prioridade política somente ocorrem no fechamento do século XIX. A ciência vinculou definitivamente a saúde às condições de vida provocando gastos com a prevenção de doenças, especificamente através de vacinas e condições menos insalubres. Logo em seguida, mas já no século XX, elaborou-se uma hierarquia preventiva, conforme elucidado por Dalmo de Abreu Dallari¹⁸⁸: a primária, para eliminar as doenças atacando as causas; a secundária, com prevenção específica, como por exemplo, as vacinações; a terciária, atuando da diminuição de reincidências e reduzindo os efeitos de casos crônicos.

A exclusão social que não pode ser alcançada pelo Estado conduziu a um fracasso na atuação preventiva, em conjunto com a percepção de que o cuidado com a saúde deve partir do próprio indivíduo, moldaram a visão hodierna de saúde pública, que se encontra assim estruturada: a) a proteção às doenças é primordialmente uma responsabilidade individual; b) o neoliberalismo tratou de atribuir a grupos organizados grande parcela de cuidados à saúde, como ocorre com a AIDS, tendo o Estado a responsabilidade subsidiária; c) o Estado passa a estabelecer suas metas de atuação não mais em função das epidemias mas, antes, na análise do custo-benefício.

¹⁸⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: Ministério da Saúde (Org). **Direito sanitário e saúde pública**. Vol.1. Brasília: Síntese, 2003, p.43.

Ademais, detectou Jorge Simões que há dois objetivos a ser perseguidos pelos órgãos de Saúde Pública: 1. amplo acesso à população, segundo suas necessidades; 2. obter eficiência econômica do sistema de prestação de serviços de saúde pública.¹⁸⁹

O acesso equitativo da população à Saúde Pública é cada vez mais exigido, pois, com os modernos sistemas de informação, os usuários passam a conhecer melhor seus direitos, e invocam a Administração Pública para que se lhes administrem as mais modernas tecnologias para o tratamento de suas moléstias, segundo lembra Jorge Simões.¹⁹⁰ A conscientização mais ampla tem também outra fonte: as campanhas eleitorais, nas quais os candidatos propõem aos eleitores acesso às técnicas e equipamentos de última geração.

A eficiência econômica, segundo objetivo dos Sistemas de Saúde, pode ser alcançada, conforme ensina Jorge Simões, mediante administração e controle do orçamento do Estado e busca da eficiência técnica do atendimento à população.¹⁹¹ Uma visão empreendedora, buscando resultados cada vez melhores, implica gastos menores ou mais adequadamente aplicados ampliando o atendimento. Campanhas preventivas de doenças são plenamente válidas para a consecução destes objetivos, o que justifica, sob este prisma, alocação de verbas para gastos com a mídia (rádios, jornais, televisão, revistas, out-doors, folhetos).

O primeiro objetivo, amplo acesso aos sistemas de saúde, é aparentemente contraposto à maior eficiência, pois, quanto mais se busca ampliar equitativamente o atendimento, menor tenderá ser a eficiência do Sistema. Deveras este tem sido o desafio dos países da OCDE. Esta consideração será um dos alvos do próximo tópico.

¹⁸⁹ SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho**. Lisboa: Almedina, 2004, p25.

¹⁹⁰ Ibidem, p.25.

¹⁹¹ Ibidem, p.25.

3.2 CONCEITO DE EFETIVAÇÃO

Não basta que os direitos humanos estejam positivados, ou seja, a simples previsão de tutelas do Estado aos cidadãos, imperioso que sejam cumpridos, que se concretizem, que se tornem realidade aos administrados. Antonio Enrique Perez Luño ensina que o Estado Social de Direito chama para si a responsabilidade e o dever de proporcionar aos cidadãos os serviços públicos indispensáveis à sua sobrevivência, inclusive condições satisfatórias para combater enfermidades, entre outros direitos fundamentais. Não se trata de simples exigências de cunho moral mas, antes, de um dever jurídico.¹⁹² Poderíamos, então, fazer um exercício de síntese: ao passo que a positivação dos direitos humanos, isto é, os direitos fundamentais equivalem ao ‘dever ser’ que transita no ambiente da eficácia, a efetividade é propriamente o ‘ser’, a realização do direito positivo.

No mesmo sentido de que os direitos fundamentais implicam uma realização concreta, real, imediata, encontramos o posicionamento de Dirley da Cunha Júnior enunciando que “a efetividade constitucional não pode ficar reduzida a simples princípio hermenêutico” mas deve ser direcionar o Estado em postura ativa para entregar aos cidadãos o objeto da tutela, isto é, põe a Administração Pública diante de um “dever jurídico”.¹⁹³ Como reflexo temos que ao se deparar com alguma omissão do Estado, o tutelado poderá fazer exigir *incontinenti* sua aplicação até mesmo recorrendo a estrutura jurisdicional estabelecida pelo próprio Estado. Em outra mão, a sociedade recebe em suas mãos a prerrogativa e o poder de exigir, dos membros do Legislativo, processos pertinentes que emanem as necessárias normas materiais para a concretização dos direitos fundamentais. Tem papel imprescindível para o fulcro deste postulado o disposto no art. 5º, § 1º. da Constituição Federal, ao determinar que todas as normas versando sobre direitos fundamentais devem ser imediatamente aplicadas, não sendo possível afastar sua efetividade sob alegação de lacuna normativa infraconstitucional. Mas esta determinação não existe apenas em nosso sistema normativo. Idêntico preceito é encontrado nas Constituições da

¹⁹² LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Espanha: Editorial Tecnos, 1984, p193.

¹⁹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.256.

Alemanha, de Portugal, da Espanha.¹⁹⁴

3.3 ESTRUTURA JURÍDICA E POLÍTICA DO SISTEMA DE SAÚDE EM PORTUGAL NO ÂMBITO DA OCDE

Apresentamos um estudo dos sistemas na Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico para contextualizar as políticas de saúde pública de Portugal, país que conta com satisfatório sistema jurídico em termos deste direito fundamental. Ressaltamos que a análise não encontra obstáculos em relação ao modelo de Estado, uma vez que tanto o Brasil quanto Portugal alcançaram êxito na implantação do Estado Democrático de Direito.

Importante analisar, ademais, a influência jurídica européia sobre nosso ordenamento normativo. Eduardo Novoa Monreal explica que os países latino-americanos, apesar de terem desenvolvido uma forma peculiar de sistema normativo, com características próprias, deixa transparecer a influência européia “a tal ponto que se poderia afirmar que os grandes códigos latino-americanos pertencem à família da cultura jurídica continental européia”¹⁹⁵ e justifica com exemplos, ensinando que

De 1804 a 1810, Napoleão promulgou, na França, cinco grandes corpos legislativos que a história denominou ‘os cinco Códigos’: o Código Civil, o Código de Procedimentos Cíveis, o Código Comercial, o Código Penal e o Código de Instrução Criminal. Deles, o que alcançou maior prestígio foi o primeiro, pois, de uma maneira ou de outra, inspirou praticamente a toda a legislação civil escrita continental. Sua influência foi imensa e amplo o seu acolhimento.¹⁹⁶

A influência não se encontra apenas nos “Cinco Códigos”, mas também acaba permeando a legislação esparsa, em temas específicos, inclusive de saúde. Portanto, analisar o sistema de saúde pública de Portugal mostra ser pertinente. Ademais tal análise fundamenta a plausibilidade de uma comparação das circunstâncias brasileiras, mediante: a) “Transferência de Políticas” (Policy Transfer)

¹⁹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.256.

¹⁹⁵ MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.15.

¹⁹⁶ Ibidem, p.15.

que, segundo Jorge Simões, “identifica como e por que os governos adoptaram progressivamente idéias alheias na formulação de novas políticas”; b) a aprendizagem social (*social learning*), que propicia o ajuste de objetivos bem como do *modus operandi*.¹⁹⁷ A Transferência de Políticas e a continuidade de efetivação das políticas de saúde têm se mostrado salutares, como no comentário de Jorge Simões, ao analisar o ocorrido com a Grã-Bretanha, pois

Parece legítimo afirmar que Alain Enthoven consagrou, na segunda metade da década de oitenta, o processo de transferência de políticas, ao demonstrar que o mercado interno na saúde era viável no contexto do Serviço Nacional de Saúde Britânico, que as lições da história e a correspondente aprendizagem social foram centrais no estabelecimento das políticas de saúde do governo do Partido Conservador da Senhora Thatcher[...] ¹⁹⁸

Da mesma forma como o Sistema Português recebeu transferência de políticas do Sistema Britânico, o Brasil também obteve proveito das experiências de Portugal, o que comprova ser adequado e pertinente analisar e comparar os preceitos normativos inerentes a saúde pública do Brasil com Portugal. Todavia ajustes são sempre necessários, da mesma forma que, ao conduzir um navio, o comandante, verificando que sua rota atual não o conduzirá ao porto de destino, determinará sua correção. Em se tratando de políticas públicas, uma das bases para reformulações advém da aprendizagem social (*social learning*) pois, segundo Jorge Simões, esta “analisa as razões que levaram os decisores políticos a ajustar os objectivos ou os instrumentos à experiência passada ou a novas informações”.¹⁹⁹ Assim, ao se adotar um plano de ação de longo prazo, mister analisar paulatinamente seu andamento e determinar as adequações cabíveis para não perder de alcance o alvo, que é, no presente caso, a ampla e eqüitativa oferta de serviços de saúde com eficácia e eficiência econômico-financeira, para melhor aproveitar os recursos que os financiam, pois são igualmente públicos.

3.3.1 Saúde Pública: Definição e Objetivos

¹⁹⁷ SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho**. Lisboa: Almedina, 2004, p.27.

¹⁹⁸ Ibidem, p.27.

¹⁹⁹ Ibidem, p.27.

Portugal segue os preceitos estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde. Assim, mister verificarmos quais os conceitos que derivamos desta instituição. Segundo a Organização Mundial de Saúde – OMS (World Health Organization – WHO), Sistema de Saúde, em tradução livre, significa “todas as atividades que têm como finalidade essencial a promoção, a recuperação ou a manutenção da saúde”.²⁰⁰ Esta definição é notavelmente ampla e implica uma responsabilidade igualmente abrangente do Estado. Jorge Simões, comentando os efeitos desta definição, ensina que até mesmo

as intervenções favoráveis à saúde, como a melhoria da segurança rodoviária e do ambiente, integram, de acordo com este conceito abrangente, o sistema de saúde, embora com a preocupação de as quantificar e de avaliar o seu impacto na realização dos objectivos do sistema.²⁰¹

O autor prossegue trazendo um exemplo ocorrido nos Estados Unidos, onde se conseguiu reduzir os acidentes de trânsito a partir da implantação de um conjunto de procedimentos incentivando o uso de cinto de segurança. O êxito desta campanha faz parte de ações que o Estado promove para a melhoria do quadro de saúde. Práticas que visem, de igual forma, assegurar um ambiente mais sadio às pessoas, como a segurança e medicina no trabalho, condicionadores de ar que agridam menos o aparelho respiratório, salas de aula que visem assegurar melhor postura aos alunos, são apenas alguns dos exemplos de circunstâncias que este conceito abarca. Faz-nos constatar, portanto, sobre a abrangência que o Estado deve dar às políticas de prevenção e assistência à saúde, que todas as políticas, desde as ambientais até as de educação, nível educacional da mãe e fatores de crescimento econômico, constituem fatores para prevenir e preservar as condições salutaras da população. Foi neste sentido, inclusive, que se manifestou Jorge Simões, ressaltando que

o rendimento dos cidadãos, o desenvolvimento econômico e social, a escolaridade, as características culturais, constituem factores cuja importância, em especial nas sociedades mais desenvolvidas, é bem maior do que o número de médicos, ou de camas de agudos, ou as despesas totais ou públicas com a saúde.²⁰²

²⁰⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **World health report 2000: health systems: improving performance**. Geneva: WHO, 2000, p.25.

²⁰¹ SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho**. Lisboa: Almedina, 2004, 40p.

²⁰² Ibidem, p.41.

Fazendo aplicação ao que concretamente ocorre em Portugal, asseverou que os casos de moléstia e morte ocorrem seguindo uma incidência maior nas camadas sociais mais baixas, ocorrendo fator similar no Reino Unido. Neste sentido, Jorge Simões, atesta

que existe evidência suficiente na literatura contemporânea [...] de que os aumentos no nível de saúde poderão resultar tanto de melhorias naqueles aspectos do meio-ambiente que são hostis à saúde como do desenvolvimento de meios mais sofisticados de tratar à saúde.²⁰³

O Relatório de 2001 do Diretor-Geral e Alto-Comissário da Saúde de Portugal, citado por Jorge Simões, concluiu que “os avanços maiores se verificaram nas áreas onde predomina a influência de factores extrínsecos, nomeadamente maior afluência socioeconómica, melhorias estruturais e de prestação de serviços” e realça que “o estado de saúde é fortemente influenciado pelos comportamentos assumidos pelos indivíduos”²⁰⁴ apontando, ainda, outros fatores sociais importantes, ligados à exclusão social, a saber: a pobreza, a educação, imigração ilegal ou irregular, depressão, comportamento anti-social, desemprego, vulnerabilidade do emprego.

A influência de fatores extrínsecos, embora aparentemente distantes da área de saúde, levaram, desde 1978, a Declaração de Alma-Ata a defender que os planos de prevenção, preservação e restabelecimento da saúde sejam realizados de forma inter-setorial e em todas as camadas de atuação do Estado.²⁰⁵

Contudo, os problemas que assolam os cuidados com a saúde da população não dizem respeito apenas ao ambiente social, mas também cultural e ético. Assim, questões como o desenvolvimento tecnológico para a preservação da vida, restrições ao uso de terapias como as transfusões de sangue e utilização de aparelhos biônicos bem como as questões ligadas à genética atingem a bioética e lançam desafios infinitos à medicina e ao Estado.

²⁰³ SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho**. Lisboa: Almedina, 2004, p.41.

²⁰⁴ Ibidem, p.42.

²⁰⁵ Ibidem, p.43.

3.3.2 Políticas de Saúde Pública

Um olhar para o sistema de saúde de Portugal será mais bem ajustado se considerar seu ambiente sócio-econômico, tornando, portanto, adequada a inclusão da análise panorâmica dos países da OCDE - Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico ²⁰⁶. Oportuna, portanto, foi a imersão nos Sistemas de Saúde Pública realizada por Jorge Simões expondo as mudanças ocorridas nos últimos vinte e cinco anos daqueles países. ²⁰⁷

Os hospitais exaurem metade da verba orçada para a saúde na Europa ocidental recebendo especial atenção na forma como desempenham suas tarefas exigindo, permanentemente, adequação e modernização de sua gestão, fundamentando a primazia da atenção para os Sistemas de Saúde e do Sistema Hospitalar de Portugal ²⁰⁸.

Portugal, em 1971, promoveu reformas no setor de Saúde Pública, passando o Estado a intervir nas políticas deste, lhe conferindo não só o dever de prestação de serviços de saúde, como também a priorizar, em suas ações, os serviços de atendimento e prevenção às doenças. Neste momento já estava sedimentado o modelo beveridgeano de oferta de cuidados de saúde à população. A população, aliás, já havia demonstrado sua dependência a este modelo.

Para melhor perceber o estágio de progresso que isto implica, imprescindível debruçarmo-nos, mesmo que de forma breve, à evolução dos sistemas de saúde na OCDE, pois o que vemos hoje é, por óbvio, herança dos acertos aplicados à Administração Pública ao longo da história, que experimentou diversos regimes de atuação do Estado em relação às obrigações que assume com seu povo.

Jorge Simões elucida que a organização dos sistemas de saúde ocorreu somente ao final do século XIX, com a revolução industrial e enumera os diversos fatores, dentre

²⁰⁶ OCDE é composta por: EUA, Suíça, Alemanha, Grécia, França, Canadá, Islândia, Portugal, Austrália, Bélgica, Holanda, Suécia, Dinamarca, Itália, Áustria, Nova Zelândia, Noruega, Japão, Espanha, Reino Unido, República Checa, Finlândia, Hungria, Irlanda, Polônia, Coreia, Eslováquia, Luxemburgo, México e Turquia.

²⁰⁷ SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação em saúde:** da ideologia ao desempenho. Lisboa: Almedina, 2004, p.346.

²⁰⁸ Ibidem, p.26.

os quais salientamos: a utilização de mão-de-obra em situações de risco, expondo os empregados a acidentes de trabalho; o incremento de doenças transmissíveis; o impacto de doenças decorrentes de guerras; a oferta, pelos sindicatos a seus associados, de seguros de saúde concedia crescente força política a estes, em detrimento do apoio aos governos.²⁰⁹

Preocupado com os efeitos econômicos danosos que os trabalhadores doentes estavam provocando na economia por sua ausência nas indústrias, o Estado buscou responder com cuidados de saúde elaborando um sistema integrado voltado aos trabalhadores.

O século XIX, marcado por guerras, sentiu de inúmeras formas seus efeitos, sendo um deles, a incidência de moléstias, o que exigiu atenção da parte dos governos, para seu contingente militar. Ademais, a oferta, pelos sindicatos dos trabalhadores, de seguros de saúde aos seus associados, provocou uma reação na Alemanha, em 1883, que visou evitar o fortalecimento exagerado do poder sindical e, ao mesmo tempo, restabelecer o apoio da sociedade ao Poder do Estado, instituindo uma lei, sem igual, determinando aos trabalhadores contribuírem para um fundo de seguro-doença aos trabalhadores de baixa renda. Verificado o êxito desta medida, avaliando os reflexos benéficos, o Estado Alemão ampliou a abrangência dos contribuintes para trabalhadores com renda mais elevada.²¹⁰

Este foi, então, o primeiro sistema de seguridade social determinado pelo Estado, segundo enfatiza Jorge Simões, relatando, ainda, que verificou a implantação, por lei, de semelhante mecanismo na Bélgica, em 1894; na Noruega, em 1909. Na Grã-Bretanha, em 1911, foi implantado pelo Partido Liberal, modelo semelhante, mas não por contribuições e sim, por cotizações dos trabalhadores, todavia, com a mesma finalidade: assegurar recursos financeiros voltados à área da saúde.²¹¹ Portanto, três foram os fatores que contribuíram para a montagem de um sistema de saúde nos países da OCDE, erigindo o modelo que hoje se encontra na quase totalidade dos Estados, ao redor do planeta.

²⁰⁹ SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho**. Lisboa: Almedina, 2004, p.29s.

²¹⁰ Ibidem, p.30.

²¹¹ Ibidem, p.30.

Há que se ressaltar, contudo, que este modelo de serviços de saúde financiados pelo trabalhador, que mantém o Estado relativamente afastado, pois não reconhece como dever seu a prestação de serviços básicos de saúde à toda a população, mas que já representa um avanço em relação ao quadro anterior de total ausência assistencial, é creditado a Bismarck, conhecido por Medidas de Segurança Social Bismarckiano.

Avancemos na corrente do tempo, ingressando pelos turbulentos tempos da Segunda Guerra Mundial, que destruiu também muitas estruturas de saúde então desenvolvidas exigindo uma re-análise do papel do Estado frente à demanda por tais serviços. A reorganização dos serviços de saúde passa por estruturais reformas. Cresce consideravelmente o sentimento de solidariedade entre os cidadãos abrindo espaço para uma maior intervenção do Estado na Grã-Bretanha, tendo como alvo um serviço nacional de saúde, para toda a população. Resume, Jorge Simões, aquele ambiente, externando que

a necessidade de um serviço de saúde para toda a população e a existência de clínicos gerais organizados em centros de saúde ligados a hospitais locais constituíam já propósitos enunciados em 1941 pelo Ministro britânico da Administração Pública.²¹²

O alvo de criar este sistema nacional de assistência à saúde recebeu, contudo a crítica dos médicos hospitalares, apoiados pela *British Medical Association* – BMA, classificando os membros do governo de burocratas ignorantes em assuntos médicos.²¹³

Destaquemos, por oportuno, tal crítica, pois verificamos que esta mesma reclamação ocorrerá até mesmo nos dias atuais e em praticamente todos os sistemas que envolvem a prática da medicina, em todos os seus âmbitos (ambulatorial, clínico, hospitalar); com frequência, os idealizadores dos projetos de reforma destes sistemas não ouvem a comunidade médica e, por consequência, não obtêm os resultados almejados.

²¹² SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho**. Lisboa: Almedina, 2004, p.31.

²¹³ Ibidem, p.31.

Em 1942, com o relatório de Beveridge, os serviços de saúde são desenvolvidos considerando que cabe ao Estado ofertar assistência de saúde, integralmente. Jorge Simões, direcionando atenção ao conteúdo do “Social Insurance and Allied Services” reporta que o sistema de segurança social da Grã-Bretanha

baseia suas propostas na existência de um Estado interventor que deve encontrar respostas para as diversas situações de risco social e é, desse ponto de vista, mais completo do que o de Bismarck, porque pretende cobrir uma gama completa de risco ‘do berço à sepultura’ e integra ainda as situações de exclusão social.²¹⁴

Consolidou-se na Grã-Bretanha, já em 1944, na esteira do Relatório Beveridge, o entendimento de que cabe ao Estado disponibilizar um sistema universal. Deveria disponibilizar, gratuita e universalmente, os mais modernos serviços médicos, técnicas e aparelhos hospitalares e ambulatoriais, independentemente de contribuição e de sua condição social ou econômica, sexo e profissão. Ocorreu a criação, em 1948, do National Health Service – NHS, estabelecendo o modelo de prestação de serviços gerais de saúde baseado na responsabilidade do Estado e na afirmação do princípio da igualdade de acesso a serviços de saúde²¹⁵.

3.3.3 Princípios dos Sistemas Públicos de Saúde

A Lei que trata do NHS exerceu forte influência em diversos outros sistemas de saúde e estabeleceu, segundo Jorge Simões, cinco princípios, que merecem ser especialmente destacados e analisados:²¹⁶

1º. Princípio da Responsabilidade do Estado: o Estado encontra-se sob o dever de manter permanentemente serviços de saúde à população, sob sua estreita vigilância, uma vez que responderá por quaisquer omissões ou atos que possam configurar imprudência, negligência ou imperícia, ademais, deve criar condições para que os serviços sejam prestados de forma ininterrupta, e zelar pela qualidade destes serviços;

²¹⁴ SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho**. Lisboa: Almedina, 2004, p.32.

²¹⁵ Ibidem, p.32.

²¹⁶ Ibidem, p.32.

2º. Princípio da Compreensividade: deriva o termo compreensividade do médio francês e do latim. Sua grafia na língua inglesa é “comprehensiveness” e segundo o dicionário Merriam-Webster, é o estado ou situação de ser compreensivo ²¹⁷, o que nos conduz ao termo *comprehensive* definido como o ato ou ação de comprimir, incluir ²¹⁸. Derivamos o entendimento de que o princípio da compreensividade, portanto, é aquele que estende a abrangência de algo; no caso em análise, abrange amplas situações de atendimento e terapias. Ensina Jorge Simões que este princípio deve abranger atividades para o aperfeiçoamento do serviço de saúde física e mental, para a prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças ²¹⁹. ²²⁰ Assim, a compreensividade é o princípio que determina ações que abrangem o tratamento de moléstias, físicas e mentais, mas deve incluir ações para a prevenção de enfermidades;

3º. Princípio da Universalidade: devem os sistemas de serviços à saúde ser disponibilizados a toda a população. O Estado deve disponibilizar gratuita e permanentemente a todos os cidadãos os serviços de saúde, segundo sua demanda, o que obriga o Estado, via Poder Executivo, a disponibilizar uma estrutura ampla, mantendo a oferta dos serviços ininterrupta, impedido de implementar qualquer empecilho como restrição de contribuições ao serviço de previdência, idade, sexo, local de fixação da residência; ao mesmo tempo, o Poder Legislativo encontra-se impedido de, sob argumento de regulamentação, criar óbice ao atendimento ambulatorial ou hospitalar;

4º. Princípio da Igualdade: insere-se neste princípio assegurar atendimento de saúde às pessoas independentemente de sexo, classe social, situação civil ou profissão. Em outros termos, não poderá haver segregação ou exclusão de pessoas ou classes de pessoas no atendimento e serviços de saúde. Lembramos que o sentido

²¹⁷ SCHÜMER, Ursula. **Webster's third new international dictionary**. Cologne, Germany: Könnemann Verlagsgesellschaft, 1993, p.466.

²¹⁸ No original: The act or action of comprehending or comprising or the fact of being comprehended or comprised: Inclusion. The faculty or capability of including.

²¹⁹ No original: promote a comprehensive health service for the improvement of the physical and mental health of the people of England and Wales for the prevention, diagnosis and treatment of illness.

²²⁰ SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho**. Lisboa: Almedina, 2004, p.32s.

aqui empregado é o da igualdade material e não a formal;

5º. Princípio da Autonomia Profissional: segundo este princípio, os médicos recebem ampla liberdade para prescrever medicamentos e terapias, podendo valer-se dos equipamentos, clínicas e hospitais da melhor forma que entenderem, visando tão-somente o bem-estar do paciente, não podendo sofrer restrições do Estado em relação a tempo de internação, quantidade ou tipos de exames no processo de diagnóstico.

Destas considerações, podemos extrair um quadro geral que retrata os sistemas de saúde pública: a política de Bismarck, que é fomentado por contribuições dos próprios beneficiários, com proporção plena ou relativa entre as contribuições e o nível de prestação de serviços, dependendo de como o Estado regulamenta-os; a política de Beveridge, que tem o Estado como provisor pleno de assistência à saúde pública, mediante recursos auferidos pela estrutura tributária comum.

Não se estabelece, contudo, a forma de solução da dicotomia entre ambos. Um pode conviver com outro, no mesmo Estado, pois tem em comum a idéia de assistência social de saúde, metaforicamente, um guarda-chuva²²¹. Verificaremos, adiante, que este é o caso do Brasil, no qual tanto os trabalhadores contribuem como o Estado patrocina, com recursos oriundos de sua arrecadação tributária. Poderíamos, por corolário, afirmar que o Brasil adota o sistema misto: bismarckiano-beveridgeano, pois o Sistema Único de Saúde é financiado pelo Estado que utiliza recursos tributários ao mesmo tempo em que recebe contribuições da iniciativa privada – via contribuição previdenciária patronal ou do empregador e retenções na fonte - quanto dos próprios beneficiários, via contribuição previdenciária do empregado.

3.3.4 Formas de Financiamento dos Sistemas de Saúde

Analisando os sistemas de saúde, Jorge Simões identificou três formas distintas de

²²¹ SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho**. Lisboa: Almedina, 2004, p.33.

origem dos recursos, sendo:²²²

1) Sistema Privado de Seguros de Saúde. Contrata-se uma cobertura cujos prêmios são calculados em função do risco de um determinado grupo. Nos países da OCDE, esta forma é utilizada para suprir os custos nas situações em que a cobertura dos serviços ofertados à população não alcança as necessidades do paciente, quer por se tratar de eventos não cobertos ou para servirem como *up-grade* nas internações hospitalares.

2) Sistema de Seguro Social. Constituem-se fundos privados sob a supervisão e intervenção dos governos. Difere do Sistema Privado de Seguros de Saúde, uma vez que neste, o atendimento é efetuado na exata medida de seu contrato individual de cobertura e prêmios; naquele – Sistema de Seguro Social – o atendimento é realizado de forma eqüitativa, contudo os prêmios são fixados em função dos salários percebidos.

3) Sistema de Financiamento por Imposto. a) financiamento e prestação por um único organismo público, com orçamento do Estado; b) financiamento pelo Estado, mas os serviços são prestados por entidades privadas, sob contrato de órgãos públicos.

3.3.5 Formas de Prestação dos Serviços dos Sistemas de Saúde

Os serviços são prestados, nos países da OCDE, segundo pesquisa de Jorge Simões, sob três formas distintas:²²³

1) Prestação por Reembolso. A remuneração pelos serviços ao paciente é efetuada para o prestador, podendo ser realizado tanto pelo paciente quanto pelo segurador, dependendo do modal adotado. Este sistema permite um melhor acompanhamento dos desembolsos, reduzindo as fraudes no sistema.

²²² SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho**. Lisboa: Almedina, 2004, p.34.

²²³ Ibidem, p33.

2) Pagamento por Contrato. Os prestadores de serviços de saúde vinculam-se com terceiros que efetuam os pagamentos àqueles, mediante um contrato que estabelece limites e condições dos pagamentos, com base em perspectivas de atendimento. Assemelha-se aos contratos de prestação de assistência suplementar privada brasileira, podendo ser por pré-pagamento ou pós-pagamento. No sistema de pré-pagamento, o usuário está submetido a um vínculo prévio entre o contratado – operadora de plano de saúde – e o prestador de serviços.

3) Método Integrado. Sob esta forma de prestação de serviços ao paciente, tanto a prestação de serviços de saúde quanto o fomento financeiro advém de um único ente. A denominação “integrado” deve-se, portanto, ao fato de que, tanto a origem dos recursos quanto o atendimento, está sob a administração de uma única entidade.

O quadro a seguir, apresentado por Jorge Simões, parte integrante de suas pesquisas, demonstra a participação de cada origem de recursos nos serviços de saúde.²²⁴

**Fontes de financiamento na União Européia,
Nos anos 90 (percentuais)**

Estados Membros	Impostos	Segurança Social	Seguros Voluntários	Pagamentos pelos consumidores	Outros
Alemanha	11	64,8	7,1	7,3	9,8
Áustria	24	54	7,5	14	-
Bélgica	38	36	-	17	9
Dinamarca	80,7	-	1,9	17,4	-
Espanha	59,3	15,3	7	16,3	1,7
Finlândia	62,2	13	2,2	20,8	1,8
França	3,6	71,6	7	16,5	1,3
Grécia	33,3	24,1	2,1	40,4	-
Irlanda	68,1	7,3	8,6	13,9	2,1
Itália	64,6	-	2,6	31,2	2,4
Holanda	10	68	15	7,1	-

²²⁴ SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho.** Lisboa: Almedina, 2004. p36.

Luxemburgo	30	49,8	2	7,9	2,8
Portugal	55,2	6	1,4	37,4	-
Reino Unido	78,8	12,3	5,6	3,2	-
Suécia	69,7	13,4	-	16,9	-

Fonte: Mossialos e Le Grand, 1999 (adaptado por Jorge Simões).

Aos dados do quadro acima, são pertinentes algumas considerações. Inicialmente, destaquemos os países em que a fonte de financiamento são os impostos: Dinamarca, Espanha, Finlândia, Irlanda, Itália e Reino Unido. O financiamento preponderantemente via Seguridade Social ocorre apenas na Alemanha, Áustria, França e Holanda. Em nenhum país da União Europeia, os Seguros Voluntários são origem principal (ou majoritária) de financiamento. Os próprios consumidores financiam, de forma considerável, os serviços de saúde, apenas na Grécia, Itália e Portugal, sendo que nestes mesmos países, a outra fonte concorrente são os tributos.

Jorge Simões apresenta, em seguida, um comparativo entre a modalidade de serviços integrados e a de contratados nestes países, plenamente oportuno, portanto, replicar o respectivo quadro para nossa análise, o que passamos a fazer, na íntegra, no seguinte quadro:

Principais métodos de prestações de serviços nos Estados da União Europeia, em 1997

Estados membros	Serviços Integrados	Serviços Contratados
Alemanha		Todos os serviços
Áustria		Todos os serviços
Bélgica		Todos os serviços
Dinamarca	Hospitais públicos num pequeno número de regiões	Hospitais na maior parte das regiões, médicos de família, especialistas fora dos hospitais
Espanha	Hospitais públicos, especialistas e 60% dos médicos de família	Farmácias, dentistas e hospitais privados
Finlândia	Centros de Saúde	Hospitais públicos, farmácias, cuidados privados em ambulatório
França		Todos os serviços

Grécia	Hospitais públicos e médicos	Farmácias, dentistas, alguns hospitais e médicos privados
Irlanda	Hospitais públicos e especialistas	Hospitais privados sem fins lucrativos, médicos de família e farmácias
Itália	Hospitais públicos e especialistas	Hospitais privados, médicos de família, especialistas privados e farmácias
Holanda		Todos os serviços
Luxemburgo		Todos os serviços
Portugal	Médicos de família, hospitais públicos, alguns especialistas	Hospitais privados, farmácias, meios complementares de diagnóstico e terapêutica, a maior parte dos dentistas
Reino Unido	Serviços comunitários	Hospitais públicos, médicos de família, hospitais privados e farmácias
Suécia	Centros de saúde, farmácias e 60% dos dentistas	Hospitais públicos, médicos e hospitais privados, 40% dos dentistas

Fonte: Mossialos e Le Grand, 1999 (adaptado por SIMÕES).

3.3.6 Formas de Aplicação dos Recursos – Rede Hospitalar

O pagamento à Rede Hospitalar pode ser efetuado, segundo apurado por Mossialos e Le Grand, citado por Jorge Simões, de quatro distintas formas: a) elaboração de orçamento para gastos futuros levando em consideração o histórico de pagamentos de exercícios anteriores, adotado pela Dinamarca, Grécia e França; b) elaboração de orçamento dos gastos com variação em relação às atividades dos hospitais ou suas funções, tal como adotado na Alemanha, Irlanda, Luxemburgo, Holanda e Portugal; c) elaboração de orçamentos com base nos critérios acima, e, concomitantemente, com a demanda de serviços efetivamente verificada, sendo esta forma utilizada pela Bélgica, Espanha e Áustria; e, finalmente, d) reembolso de despesas que pode ser calculado de duas maneiras: a primeira, verificada na Suécia e Itália, em relatórios fáticos; a segunda, verificando-se as atividades

desempenhadas conforme um plano previamente estabelecido de gastos por tipo de terapia/tratamento/intervenção.²²⁵

3.3.7 Gastos *per capita* em Saúde

Importante sensor do nível de preocupação do Estado com a saúde da população é o gasto por pessoa, fazendo com que analisemos este fator. Segundo dados da OCDE de 2003, citados por Jorge Simões, temos:²²⁶

**Evolução do PIB per capita, nos países da OCDE, em US\$ PPP,
de 1960 a 2000**

Estado	1960	1970	1980	1990	2000
Luxemburgo	2343	4162	10186	24528	48537
Noruega	1602	3015	9127	17658	36248
EUA	2879	5001	12170	23038	34602
Suíça	2820	5222	11776	21487	29553
Dinamarca	1870	3671	8987	17097	28734
Irlanda	991	1934	5396	11743	28200
Canadá	1970	3670	9989	18604	28187
Islândia	1515	2744	9270	17233	28139
Áustria	1494	3020	8682	16947	28046
Holanda	1824	3542	8860	16596	27183
Austrália	2128	4080	9439	16774	26473
Alemanha	1910	3627	9505	18837	26269
Bélgica	1567	3228	8955	16722	26239
Suécia	2029	4019	9604	18210	26146
Japão	878	2891	8139	18312	26003
França	1750	3659	9482	17623	25594
Finlândia	1399	2897	8016	16539	25414
Itália	1345	2936	8181	16475	25245
Reino Unido	1893	3189	7878	16228	24933
Nova Zelândia	2151	3455	7774	13503	20214
Espanha	933	2313	6063	12184	20080

²²⁵ SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho**. Lisboa: Almedina, 2004. p40.

²²⁶ Ibidem, p40.

Portugal	599	1738	4773	9873	16857
Grécia	562	1613	5277	9389	16481
Coréia		707	2398	7419	15186
R. Tcheca				11531	13802
Hungria					12204
Eslováquia					11279
Polônia				4900	9529
México			3469	5719	8845
Turquia	510	927	2252	4691	6211
MÉDIA	1623,4	3090,4	7909,5	14995,0	23347,8

Fonte: OECD Health Data 2003, citado por SIMÕES.

O menor incremento foi verificado na década de 1980 sobre 1970, na média de 39%, e o maior acréscimo ocorreu na última década analisada, de 2000 sobre 1990, apresentando uma elevação do PIB *per capita* de 64%, o maior deste período analisado. Ressalte-se que o quadro apresenta o PIB *per capita* e não global.

Verificada a evolução do PIB nos países da OCDE, oportuna é a verificação dos gastos com o sistema de saúde, o que será efetuado no próximo quadro:

**Percentagem das despesas totais em saúde no PIB,
nos países da OCDE, entre os anos de 1960 e de 2000**

Estado	1960	1970	1980	1990	2000
EUA	5,1	6,9	8,7	11,9	13,1
Suíça	4,9	5,6	7,6	8,5	10,7
Alemanha	4,8	6,3	8,8	8,7	10,6
Grécia		6,1	6,6	7,5	9,4
França				8,6	9,3
Canadá	5,4	7,0	7,1	9,0	9,2
Islândia	3,3	4,9	6,1	7,9	9,1
Portugal		2,6	5,6	6,2	9,0
Austrália		4,3	7,0	7,8	8,9
Bélgica		4,0	6,4	7,4	8,7
Holanda			7,5	8,0	8,6
Suécia	4,5	6,9	9,1	8,5	8,4
Dinamarca			9,1	8,5	8,3
Itália		3,6	5,1	8,0	8,2
Áustria	4,3	5,3	7,6	7,1	8,0
Nova Zelândia		5,1	5,9	6,9	8,0
Noruega	2,9	4,4	7,0	7,8	7,7
Japão	3,0	4,5	6,4	5,9	7,6
Espanha	1,5	3,6	5,4	6,6	7,5
Reino Unido	3,9	4,5	5,6	6,0	7,3
República Checa				5,0	7,1
Finlândia	3,9	5,6	6,4	7,9	6,7
Hungria					6,7
Irlanda	3,6	5,1	8,4	6,6	6,4
Polónia				5,3	6,4(a)
Coreia				4,8	5,9
Eslováquia				5,9	5,7
Luxemburgo		3,6	5,9	6,1	5,6
México				4,4	5,6
Turquia		2,4	3,3	3,6	4,8(a)
MÉDIA	3,9	5,0	6,9	7,2	8,1

(a) valor referente ao ano de 1998. Fonte: OECD Health Data 2003.

Verificamos que o índice de aumento dos gastos com saúde tem crescido incessantemente desde os anos 60, duplicando-se quando comparamos 1960 (3,9%) com 2000 (8,1%).

As reformas dos sistemas de saúde são voltadas para a melhoria na eficiência e contenção de custos. Jorge Simões acrescenta a este fato, os efeitos sobre o orçamento que as privatizações de outros setores promovem. Demonstraremos o que ocorre construindo um exemplo hipotético:²²⁷

ALÍNEA	Gastos de “A”	Gastos de “B”	Percentual sobre o PIB antes da Privatização	Percentual sobre o PIB após a Privatização
Saúde	\$ 30	\$ 30	30%	33,3%
Segurança	\$ 20	\$ 20	20%	22,2%
Educação	\$ 10	\$ 10	10%	11,1%
Urbanização	\$ 30	\$ 30	30%	33,3%
Déficit de Empresas Estatais	\$ 10	\$ 0	10%	0%
TOTAL	\$ 100	\$ 90	100%	100%

Restou demonstrado que, neste Estado hipotético, quando ocorreu a privatização de um setor cujo resultado era deficitário, exigindo injeção de recursos de seu Orçamento, no ano seguinte, com os mesmos gastos nos demais setores, o peso de cada uma das alíneas remanescentes elevou-se, mesmo sob o congelamento dos desembolsos. Desta forma, os movimentos de privatização ocorridos ao longo das quatro décadas analisadas implicaram elevação do peso, quando traduzidos em índices sobre o PIB, dos gastos com a saúde, direcionando mais esforços para o controle destes gastos e a eficiência do sistema.

²²⁷ SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho**. Lisboa: Almedina, 2004. p49.

3.3.8 Direito Fundamental à saúde em Portugal e no Brasil.

A doutrina portuguesa preleciona que os direitos fundamentais, presentes em seu ordenamento jurídico desde a Suprema Carta, encontra fulcro no direito internacional. Permeia o texto normativo a influência dos tratados internacionais e os textos normativos de outros países, principalmente da Europa, tal como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, exarada pela França, em 1789. Este entendimento é corolário do contido no art. 8º, nº. 1 e 2, da Constituição Federal Portuguesa. Resultam tais dispositivos na inserção, no ordenamento jurídico português, do conteúdo de tratados e convenções internacionais, após cumprimento dos trâmites de internalização normativa, recebendo o caráter de direitos fundamentais, assim

de acordo com a opinião comum da doutrina, estabelece-se nestas disposições um sistema de recepção plena do direito internacional geral e convencional, de modo que as normas internacionais vigoram automaticamente na ordem interna sem perderem o seu caráter internacional, isto é, sem se transformarem em normas de direito nacional. Ora, isto significa [...] que essas normas são directamente aplicáveis enquanto tais no ordenamento jurídico português.²²⁸

Embora a doutrina ainda discuta qual nível hierárquico devem estas normas ocupar no ordenamento jurídico, convergiu no entendimento de que têm status infraconstitucional, encontrando, tal corrente doutrinária, fulcro nos preceitos do art. 277 e 278 da Carta Magna do sistema normativo português. O que fundamenta esta forma de internação do conteúdo dos tratados e convenções internacionais é o princípio da dignidade humana. A interpretação destes tratados e convenções far-se-á em consonância com os dispositivos da Declaração Universal dos Direitos do Homem; em casos de divergência no sentido do dispositivo, sua interpretação deverá estar conforme com esta Declaração.²²⁹

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, inseriu no art. 5º o § 3º e passou a estatuir que os os tratados e convenções internacionais recebem o nível hierárquico de Emendas Constitucionais, desde que versem sobre direitos humanos e ainda recebam aprovação legislativa pertinente, sanando grande lacuna de entendimento sobre a adequada localização destas normas no

²²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p.25ss.

²²⁹ Ibidem, p.37s.

ordenamento jurídico pátrio. Este preceito privilegia tais normas por seu conteúdo humanístico, abraçando o valor dos direitos jusnaturalistas; reconhece, desta forma, o valor universal dos direitos humanos dando-lhe elevado status.

Outro aspecto comum a ambas é que dignidade do homem é o elemento fundamentador da aplicação dos tratados e convenções pertinentes aos direitos humanos, à vista do que preceitua art. 1º da constituição portuguesa²³⁰ e o inciso III do próprio texto constitucional brasileiro, em seu art. 1º. Não se trata apenas de permitir a integração de normas do direito internacional, pois se assim fosse, o status resultante instalar-se-ia no nível das leis ordinárias. O que desejou o poder constituinte derivado – o dispositivo em comento foi introduzido por Emenda Constitucional – foi receber o conteúdo destas normas em caráter constitucional para assegurar sua aplicação e dificultar sua remoção e, concomitantemente, impedir que, por alterações legislativas ordinárias, fosse ao longo do tempo desvirtuando a tutela reconhecidamente fundamental.

Pertinente, por fim, indagar qual implicação poderá ocorrer estes conceitos ao direito fundamental à saúde. Christine Oliveira Peter Silva²³¹ informa que os direitos fundamentais fornecem a base de um Estado. Analisando o enunciado, podemos concluir que entre os deveres do Estado, para cumprir com sua missão social, encontramos a proteção à saúde pública, devendo promover meios de preservá-la e restabelecê-la. Olhando por este prisma, quando vemos que tal proteção encontra-se elencada no rol dos direitos sociais, antes de ser retirado o poder subjetivo, defendemos que esta localização dá-lhe ainda mais força. O Estado não poderia cumprir sua missão social se, individualmente, pacientes perecem por falta de atendimento. Ademais, o quadro de saúde pública encontra-se em situação tão grave, que por mais esforço que o Poder Público realize para enuviar este ambiente, o caos atingiu níveis sociais de dano, ou seja, extrapolou qualquer interpretação isolada.

No direito português a Constituição instituiu um capítulo específico para tratar da

²³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p.101.

²³¹ SILVA, Christine Oliveira Peter. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p.27.

saúde instituindo uma estrutura para promover o atendimento à população, independente de sua condição social ou classe étnica,²³² resultando em diversas normas infraconstitucionais.²³³ No ordenamento jurídico brasileiro também encontramos o preceito constitucional que visa proteger a saúde dos cidadãos, estabelecendo no art. 6º. que a saúde é um direito social; por isso, o art. 196 assegura que a saúde é direito de todos e dever do Estado, desencadeando um leque de normas infraconstitucionais, desde leis ordinárias até regulamentações por decretos executivos e portarias ministeriais.²³⁴ Infraconstitucionalmente, também há normas específicas em todos os assuntos básicos para promover sua concretização, como veremos em tópico específico, adiante.

3.4 ORÇAMENTO PÚBLICO E SISTEMAS DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Instrumento balizador dos programas do governo e, concomitantemente, da realização destes é, sem dúvida, um orçamento realístico e levado cabalmente aos seus objetivos. Assim, passaremos a analisar este tema, considerando de forma atenta seus princípios e como a República Federativa do Brasil trata tão importante instrumento. Antes, porém, cabe estabelecer o conceito de Políticas Públicas, pois auxiliará na visualização panorâmica da temática ora em estudos.

Fábio Gambiagi explica-nos as funções das Políticas Públicas distribuindo as ações da administração em três funções: a alocativa, para fornecer os bens públicos; a distributiva, para ajustar a distribuição de renda; e a estabilizadora para promover a estabilidade dos preços, taxa de crescimento econômico e nível de emprego.²³⁵

Eros Roberto Grau define “Políticas Públicas” como “as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”.²³⁶

²³² Art 64 - 1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.

²³³ Ver rol no Anexo B.

²³⁴ Trataremos destas normas no Capítulo III, especificamente no tópico 3.4 denominado “Normas do Direito Positivo e os Sistemas de Atendimento à Saúde Pública”.

²³⁵ GAMBIAGI, Fábio. ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças públicas**. Teoria e Prática no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p.30.

²³⁶ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.21.

Reconhecendo não ser tarefa simples definir “Políticas Públicas”, Américo Bedê Freire Júnior expressa-a como sendo “um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”²³⁷ dirigindo-nos às Políticas Públicas, que, por sua vez, conduzir-nos-ão à forma pela qual o Estado atende às necessidades fundamentais à saúde, educação, moradia, lazer e afins. Prossegue, ensinando que estas são “os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais [...]”.²³⁸ Derivamos, desta definição, a importância do tema para a prospectiva pesquisa acadêmica: seu aspecto pragmático. Podemos entender, então, que as Políticas Públicas são o instrumento de que se apodera o Estado para entregar à sociedade os direitos instituídos na Constituição que autorizou instituir e aceita como parâmetro de vida social.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), no Capítulo II do Título VI sob a denominação de “Finanças Públicas” explicita de forma clara um dos integrantes das Políticas Públicas que reputamos de elevado valor e de especificação explanativa, pois

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

- I - o plano plurianual;
- II - as diretrizes orçamentárias;
- III - os orçamentos anuais.

§ 1º. A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.²³⁹

²³⁷ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005, p.47.

²³⁸ *Ibidem*, p.47.

²³⁹ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. [grifos acrescentados]

Demonstrado restou o interesse em abordar as Políticas Públicas, dentre elas as Finanças Públicas, pois explicita a aplicação de recursos nos diversos ramos da administração, estabelecendo os programas de investimento e orçamentos de seus diversos órgãos. Assim, torna-se imprescindível também uma abordagem da estrutura das leis orçamentárias e o que dispõe sobre os investimentos em saúde. Interessa-nos verificar se os investimentos em saúde efetivamente são aplicados neste setor. A partir desta abordagem, deve-se ainda verificar mecanismos e remédios para sanar omissões, falhas ou erros na condução das políticas públicas, que podem ser por fatos ou omissões do Poder Legislativo tanto como do Poder Executivo.

Finalmente, importante frisar a exigibilidade das normas constitucionais que estabelecem as políticas públicas, socorrendo-nos na exortação de Freire Júnior²⁴⁰ ao defender “a importância vital que as políticas públicas possuem no contexto do constitucionalismo contemporâneo, que expandiu o reconhecimento de direitos e que pretende normatizar adequadamente as relações sociais”.

3.4.1 Histórico dos Orçamentos

3.4.1.1 Origem e Evolução Orçamentária

Orçar é um verbo intransitivo, etimologicamente atribuído ao idioma italiano *orzare* e denota “estimar, computar, estimar, avaliar”; deriva do substantivo masculino ‘orçamento’ que denota, por sua vez, “ação ou efeito de orçar; cálculo: cômputo; apreciação do custo dos meios necessários para se levar a efeito qualquer obra”.²⁴¹ Segundo César de Moraes Sabbag, o orçamento foi utilizado como instrumento público pela primeira vez pelo Rei João Sem Terra, na Inglaterra do século XIII visando re-equilíbrio de governabilidade, sob pressão dos senhores feudais.²⁴² Desta forma, ao mesmo tempo em que se inseriu no contexto da disputa política

²⁴⁰ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005, p.139.

²⁴¹ AULETE, Caldas. **Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa**. v.4. Rio de Janeiro: Delta, 1974, p.2591.

²⁴² SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.7.

previsão de como deveria ser gasto o dinheiro público, também se instituiu a obrigação do Conselho Comum anuir no processo de instituição de tributos, surgindo, concomitantemente, um dos princípios basilares do direito tributário: o princípio da legalidade. Este fato representa um marco histórico repercutindo até os dias atuais, na forma como o Estado deve tratar o erário. Expressa-se, assim, César de Moraes Sabbag: “Pela primeira vez, institui-se, em matéria de recurso público, uma forma de controle parlamentar sobre a atividade executiva – o que distingue o orçamento tradicional”.²⁴³

O orçamento passou a ser um delineador dos gastos públicos e foi instituído com este objetivo principal, servindo como freio à ansiedade desmedida dos gastos pelo monarca, exigindo-se a aprovação do povo. Os monarcas não se dobraram facilmente a este requisito e forma de tratar o dinheiro público, resultando em inúmeros conflitos e disputas entre a Coroa e as instituições parlamentares. O ano de 1822 foi significativo, pois a partir deste, “o Chanceler do Erário passou a apresentar ao parlamento uma exposição detalhada que fixava a receita e a despesa de cada exercício” na Grã-Bretanha, sendo do Poder Executivo a prerrogativa de apresentar as propostas das formas de dirigir as finanças do Estado.²⁴⁴ Hodiernamente o Poder Executivo remete e defende a proposta à Câmara dos Comuns, facultando-lhe efetuar reduções ou solicitar alternativa; não lhe cabendo, contudo, aumento de despesas sob pena de queda do gabinete e formação de outro, pois estipular teto máximo a gastos do governo é uma das mais importantes responsabilidades em relação ao orçamento.²⁴⁵

A França, a exemplo da Inglaterra, adota o controle parlamentar de orçamento público e contribuiu com a estruturação e solidificação de regras universalmente aceitas, a saber: anualidade, universalidade e não afetação. Estes conceitos, por representarem elevada importância para a presente obra, serão tratados adiante.²⁴⁶ Os Estados Unidos ascenderam o orçamento ao grau de Instrumento de

²⁴³ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.7.

²⁴⁴ *ibidem*, p.7.

²⁴⁵ BURKHEAD, Jesse. In: SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.9.

²⁴⁶ Ver item 3.4.2 tópico denominado “Princípios Orçamentários”.

Administração Pública (*Performance Budget*), atribuindo-lhe novos propósitos: medição de desempenho e exteriorização dos projetos de governo. Não tardou acrescentar-lhe à função orçamentária as funções de planejamento e programação.²⁴⁷

Encontramos, deste modo, três funções básicas para o orçamento público, segundo Ricardo Lobo Torres,²⁴⁸ sendo a primeira, política; a segunda, econômica; e a terceira, reguladora. A função política, extremamente importante em nossa análise pois influenciará os estudos da reserva do possível, traz consigo a complexa problemática do relacionamento entre as diversas esferas do poder do Estado. Desta forma, o que norteará os volumes de arrecadação e a repartição destes recursos entre a sociedade não serão apenas aspectos econômicos ou financeiros, mas, incidem questões políticas, fruto de extensas negociações de poder.

No Brasil, refletindo a tendência histórica de concentrar os assuntos de arrecadação e gastos nas mãos do Poder Executivo, mesmo sob uma linha de extrema pressão entre este e o Legislativo, apuramos “as deficiências democráticas do Estado Brasileiro, em matéria de finanças públicas”²⁴⁹ sendo que a população ocupou, invariavelmente, uma posição afastada do processo elaborativo e decisivo do Orçamento. Também, mesmo após elaborado, não soube cobrar sua estreita execução.

A elaboração dos orçamentos, não obstante o grau de evolução que já se verificava, não conseguiu herdar lições históricas sendo que as teorias de gestão e controle da estrutura do governo, quando copiadas, nem mereceram a indispensável ambientação político-administrativa.

O papel dos parlamentares é imprescindível, pois ao orçamento, segundo a evolução que já apresentamos, representa instrumento para o estabelecimento do destino do Estado. Mas, infelizmente, esta concepção não faz parte da cultura

²⁴⁷ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas.** Campinas: Millenium, 2007, p.9.

²⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na constituição.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p49ss.

²⁴⁹ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas.** Campinas: Millenium, 2007, p.10.

política dos parlamentares brasileiros, deixando sem fiscalização tanto a elaboração quanto a execução do sistema orçamentário.

Lançando um olhar sob o prisma sistêmico, o orçamento no Brasil foi, inicialmente, elaborado sem vinculação a regras técnicas nem a princípios, somente evoluindo no último século quando, provocado por novas acepções dos deveres do Estado, adota um formato mais elaborado, alcançando, somente sob a Constituição da República Federativa de 1988 “a concepção sistêmica do orçamento [...] e os processos de alocação e controle do recurso público puderam (sic) se inserir numa perspectiva global de planejamento e controle da administração pública”²⁵⁰. Todavia, este não foi obstáculo para o empobrecimento de sua legitimidade, mantendo o Congresso Nacional uma postura subalterna ao Executivo, o que vem desde a época Imperial quando as “competências constitucionais em matéria orçamentária eram, em linhas gerais, divididas entre o executivo (elaboração da proposta) e legislativo (aprovação da lei orçamentária, pela Assembléia Geral e exame das contas do exercício anterior”²⁵¹.

3.4.1.2 Evolução Orçamentária no Brasil

Traço fundamental da Constituição de 1824 foi delegar, conforme disposto no art. 13, para a Assembléia Nacional a competência orçamentária que, à época, se limitava a fixar despesas e formas de pagamento da dívida pública. O trâmite orçamentário iniciava-se com a elaboração da proposta pelo Poder Executivo, remetendo-a às duas casas da Assembléia Nacional, isto é, à Câmara de Deputados e Câmara de Senadores.

Sob a Constituição de 1891, era atribuição privativa do Congresso Nacional a elaboração do orçamento no formato de fixação de receita e despesa, bem como exigir a prestação de contas do Poder Executivo, com auxílio do Tribunal de Contas da União, então criado.

²⁵⁰ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.11.

²⁵¹ Ibidem, p.11.

A partir da Constituição de 1934 o Poder Executivo voltou a ter competência para elaborar o orçamento, enviando à Câmara dos Deputados a proposta de orçamento; concedeu-se ao Poder Legislativo a aprovação das contas do Poder Executivo do ano anterior e a proposta orçamentária do exercício seguinte, com auxílio do Tribunal de Contas da União. Esta Constituição, em seu art. 50, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro “a unidade das peças orçamentárias, especialização rigorosa da parte variável do orçamento das despesas e proibição para que a lei do orçamento contivesse dispositivos estranhos à receita prevista e despesa fixada para os serviços anteriormente criados”²⁵².

Apenas três anos se passaram e grande retrocesso ocorreu, com a Constituição de 1937, concentrando-se todas as atribuições orçamentárias às mãos de um só Poder: o Executivo. Embora houvesse um procedimento de aprovação por parte do Poder Legislativo, este recebeu um prazo extremamente reduzido que, na prática, impedia qualquer análise mais atenta de seu conteúdo; esta deformação assim perdurou até a redemocratização, positivada pela Constituição de 1946, em seu art. 65, quando as práticas orçamentárias voltaram a ser apreciadas pelo Poder Legislativo, a saber, pela Câmara dos Deputados, segundo projeto de lei elaborado pelo Poder Executivo.

Do Poder Legislativo foi tolhida, na prática, com a Constituição de 1967 e Emenda Constitucional número 1, de 1969, a oportunidade de discussão da peça orçamentária, lançando mão de artifícios como a imposição de restrições, permitindo-se apenas uma apreciação de aspectos formais do Orçamento. Há que se destacar, contudo, que se faziam presentes os princípios salutares: “vedava-se o estorno de verbas, a concessão de créditos ilimitados, a abertura de crédito especial ou suplementar sem prévia autorização legislativa e sem a indicação de receita correspondente”²⁵³ além de incorporar os princípios da unidade, do equilíbrio, da exclusividade e da universalidade bem como a dotação plurianual de investimentos e custeios regionais segundo suas carências econômicas.

²⁵² SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.12.

²⁵³ *ibidem*, p.15.

A Constituição de 1988 foi a que abarcou o orçamento público como instrumento de cabal de controle, programação e desenvolvimento econômico, pois, segundo ensina César de Moraes Sabbag, foi ela que “consagrou o orçamento público como instrumento de notável relevância administrativa e institucional”²⁵⁴ apresentando considerável maturidade também no aspecto técnico; recepciona as modernas metodologias contábeis e administrativas – na concepção organizacional – recebendo o selo de portador das diretrizes das políticas públicas.

Cristalinidade é a qualidade adequada a ser atribuída ao tratamento concedido às peças orçamentárias sob esta Magna Carta, uma vez que consagra a utilização de três ferramentas basilares: O Plano Plurianual, o Orçamento Anual e as Diretrizes Orçamentárias, esta última vinculando as duas primeiras entre si, segundo disposto no art. 165 da CRFB/1988.²⁵⁵

O Orçamento Anual é composto por três peças voltadas para o orçamento fiscal, o orçamento de investimentos da União em empresas em que mantenha o controle acionário e da seguridade social, segundo delineado pelo § 5º. do art. 165, também da CRFB/1988, que assim reza:

§ 5º. A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.²⁵⁶

O Plano Plurianual, conforme destaca César de Moraes Sabbag, visa à contínua orientação das ações governamentais e a verificação dos resultados objetivando eventuais ajustes dos objetivos.²⁵⁷ É ferramenta para nortear o desenvolvimento

²⁵⁴ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.17.

²⁵⁵ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. [grifos acrescentados]

²⁵⁶ Ibidem. [grifos acrescentados]

²⁵⁷ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade**

econômico e resgatar os malefícios trazidos pelo desequilíbrio regional e assegurar a estabilidade econômica.²⁵⁸ Dispõe o art. 165 em seu § 9º.que

§ 9º. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do **plano plurianual**, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.²⁵⁹

A Lei de Diretrizes Orçamentárias norteará as ações da Administração Pública Federal e a própria elaboração da Lei Orçamentária Anual contemplando as alterações tributárias e as políticas de fomento econômico, segundo o que dispõe o art. 165 em seu § 2o. da CRFB/1988, pois

§ 2º. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, **orientará a elaboração da lei orçamentária anual**, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.²⁶⁰

Sob a Constituição de 1988 também foi instituída a Comissão Mista de Orçamento como órgão permanente com a atribuição de examinar os projetos das Leis Orçamentárias e os dispêndios do Presidente da República, conforme disposto no art. 166, em seu § 1º:

§ 1º. Caberá a uma **Comissão mista permanente** de Senadores e Deputados:

I - examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as **contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República**;

II - examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e **exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária**, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o artigo 58.²⁶¹

Assim, é atribuição dos Senadores e Deputados aferir a execução do Orçamento

Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas. Campinas: Millenium, 2007, p.18.

²⁵⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: o orçamento na constituição. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p62.

²⁵⁹ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. [grifos acrescentados]

²⁶⁰ Ibidem. [grifos acrescentados]

²⁶¹ Ibidem. [grifos acrescentados]

Anual segundo lei cujo projeto originou-se do Poder Executivo e por este é implementado, formando um sistema que, em tese, encontra-se em sintonia com o sistema de freios e contrapesos da divisão das atribuições do Estado (Legislativo vs. Executivo).

Faz-se mister sintetizarmos, para fins de ênfase, as diversas fases de tramitação do processo orçamentário no Brasil, desde o Império até nossos dias. Sob a Constituição de 1824 o Poder Executivo elaborava a proposta e o Legislativo aprovava a lei orçamentária, em Assembléia Geral. Sob a Constituição de 1891 cabia ao Executivo tão somente a elaboração de uma proposta de fixação de despesa e cálculo da receita geral da República que servia de base para a Câmara dos Deputados orçar a receitas e despesas, concentrando neste tanto a proposta como aprovação do Orçamento Anual.

A Constituição de 1934 retorna ao Poder Executivo a iniciativa da proposta orçamentária; cabia ao Legislativo a votação deste instrumento. A Constituição de 1937 concentrou no Poder Executivo todas as fases de elaboração e aprovação do Orçamento. A Constituição de 1946 retornou o processo para elaboração e aprovação mista: o Executivo elabora o projeto de Lei, o Legislativo (Câmara dos Deputados) o aprova. A Constituição de 1967/1969, embora mantendo a estrutura mista, reduz drasticamente os aspectos a serem analisados pelo Legislativo que lhe restaram apenas aspectos formais a serem analisados e modificados.

Na Constituição hodierna fica mantida a forma mista de elaboração e aprovação, conforme vimos na redação do art. 165 e seus incisos e parágrafos. Mas, desta vez, de forma exeqüível, visando à plena análise da proposta do Executivo pelo Legislativo. Permanece, a exemplo das últimas Constituições brasileiras, o papel de fiscal do Orçamento concedido ao Tribunal de Contas da União, segundo disposto no art. 71 e seus incisos, da Constituição de 1988, pois reza

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - **julgar as contas dos administradores e demais responsáveis** por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - ...

IV - ...

V - **fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais** de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - **fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União** mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - **prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional**, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - **aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei**, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - ...

X - ...

§ 4º. O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.²⁶²

Desta forma, não só sedimenta-se a importância do Tribunal de Contas da União como também recebe poder para aplicar sanções ao detectar irregularidade dos entes que fiscaliza. Foi este o transcurso que sofreu o instituto do Orçamento Público onde, de mera peça contábil que se limitava a expressar a origem dos recursos da Administração Pública e a forma de pagamento das contas e dívida pública, evoluiu ao ponto de acolher todas as modernas técnicas contábeis, administrativas e de políticas econômicas, sempre com foco no desenvolvimento do país.

3.4.1.3 Perfil dos gastos com saúde no Brasil

Um comparativo entre os gastos dos países componentes da OCDE e do Brasil mostra-se, neste ponto das pesquisas, absolutamente pertinente, se não, indispensável, propiciando a formação de uma crítica abalizada. Verificamos que na OCDE²⁶³, ou seja, em 30 países, o gasto dos governos em relação ao PIB saltou de

²⁶² BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. [grifos acrescentados]

²⁶³ OCDE é composta por: EUA, Suíça, Alemanha, Grécia, França, Canadá, Islândia, Portugal,

3,9% no ano de 1960 para 8,1% em 2000. Enquanto isso, no Brasil verificávamos 3,0% em 1990, e apenas 3,9% em 2002.²⁶⁴

Os gastos *per capita* também não tiveram melhor crescimento, pois em 1990 o Brasil gastava US\$ 95.00 e em 2002 reduziu para US\$ 94.00. Todavia, fazendo um ajuste do valor do dólar americano ao poder de compra em cada período, temos que o valor em 1990 era relativo à US\$ 167.00, saltando para US\$ 280.00 no ano de 2002.²⁶⁵

Na América Latina o melhor incremento na área de saúde foi o México, que, considerando o valor absoluto saltou de US\$ 57.00 em 1990 para US\$ 170 no ano de 2002; realizada a paridade pelo poder de compra, o valor do dispêndio que era de US\$ 114.00 elevou-se para US\$ 247.00 em 2002. Deveras um expressivo crescimento, alcançando o índice de 116,7%. O gasto per capita do México, em 2002 permanece, contudo, 13% menor, do que o do Brasil, comparando-se os valores após ajuste pela paridade do poder de compra.

Atualizando os dados para fazer um comparativo no ano de 2003, uma vez que são dos dados mais recentes disponibilizados pela WHO – World Health Organization, podemos comparar os gastos do Brasil com a média da América Latina bem como em confronto com a média da OCDE. Iniciamos com o índice de gastos em relação ao PIB. Os governos da América Latina despendem 3,6% de seu PIB; os da OCDE, 7,4% e o Brasil, dentro da média da América Latina, com 3,4%. O grande contraste é apurado quando convertemos os gastos em valores absolutos de moeda, utilizando-se novamente o dólar americano. Enquanto que, em média, os governos dos países componentes da OCDE expendem US\$ 2,330.73 *per capita*, a América Latina US\$ 338.37, e o Brasil apenas US\$ 270.44.²⁶⁶

Austrália, Bélgica, Holanda, Suécia, Dinamarca, Itália, Áustria, Nova Zelândia, Noruega, Japão, Espanha, Reino Unido, República Checa, Finlândia, Hungria, Irlanda, Polônia, Coreia, Eslováquia, Luxemburgo, México e Turquia.

²⁶⁴ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. **Comparação internacional de gastos governamentais em saúde, educação e previdência.** Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/orcamento/conteudo/noticias/noticias_2005/051208_comparacao_internacional.htm> Acesso em: 03 set 2007.

²⁶⁵ Idem.

²⁶⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION. The world health report 2006. Disponível em: <<http://www.who.int/whr/2006/en/>>

Embora as estatísticas acima auxiliem no diagnóstico da situação de saúde, indicando alguns caminhos a seguir, não podem ser considerados de forma absoluta. Há variáveis que interagem com outras e criam um ambiente que dificulta a comparação objetiva. Fatores como a dispersão dos habitantes por faixas etárias, panorama econômico, índice de desenvolvimento humano, nível cultural e acesso à educação fundamental, modificam sensivelmente a textura dos investimentos em saúde. Desta forma, não podemos considerar os números absolutos, mesmo que façamos um elevado exercício de ajustamento às variáveis.

Entendemos, portanto, que as estatísticas devem indicar pontos nevrálgicos, mas não serão jamais indicadores cabais para a solução dos problemas agudos que se tornaram visíveis à população. Explicamos: a origem do caos na saúde pública está sediada principalmente na falta de compromisso da Administração Pública com a própria *res publica*, ocorrendo desperdício e falta de preocupação com a eficiência do sistema.

3.4.2 Princípios Orçamentários

O conceito de Orçamento Público e seu papel qual ferramenta de planejamento e implementação de políticas econômicas de médio e longo prazo transferem-lhe responsabilidades que, conforme denunciado anteriormente, apropriam-se do orçamento para conceder favores políticos em negociações com motivações metapolíticas. Assim, visando minimizar tais apropriações, revestiu-se o orçamento de princípios que garantam a defesa, em um mínimo grau aceitável, dos interesses dos administrados.

Os princípios têm a finalidade de: a) servir como instrumento de controle social, isto é, busca atender os anseios do povo; b) servir como elemento balizador em sua elaboração; c) propiciar o controle por parte da administração pública; d) assegurar formatação que permita, mediante confrontação ou comparação, um acompanhamento histórico.

3.4.2.1 Princípio da Unidade

O princípio da unidade visa atender, primordialmente, a população e exige que o orçamento esteja composto em uma única peça, propiciando uma visão panorâmica da origem e aplicação dos recursos públicos. Ensina César de Moraes Sabbag que “o orçamento público materializa-se em uma única peça”.²⁶⁷ A não observância deste princípio implica a criação de peças orçamentárias múltiplas que retiram qualquer oportunidade de acompanhamento e fiscalização, prejudicando outros princípios, como por exemplo, o da publicidade, clareza e exatidão – que serão considerados adiante.

São benefícios auferidos pela observância deste princípio:

- a) o montante, a natureza e a origem das receitas públicas estimadas para o exercício;
- b) o destino e as dotações específicas, por órgãos e poderes, destes recursos;
- c) a existência de alguma espécie de dispêndio que, isoladamente, possa comprometer o total das despesas públicas, inviabilizando destinações prioritárias; e,
- d) a importância relativa do endividamento público no contexto orçamentário.²⁶⁸

Cumprir destacar, contudo, que o corolário maior deste princípio é a demonstração da orientação macroeconômica do Estado, isto é, se o Estado é Liberal ou de Bem Estar Social, além de expor sua saúde financeira. César de Moraes Sabbag comenta que “da unicidade orçamentária resultam ótimos elementos de cognição para analisar a condução da política orçamentária [...] e verificar se os objetivos essenciais do Estado estão sendo, em última análise, mirados ou atendidos pelos governantes”.²⁶⁹

Indaga-se, finalmente, se este princípio é atendido no Brasil. Foram anos de empenho para obliterar a visualização do quadro precário da economia nacional até que, na última década, em decorrência da redação da atual Constituição Federal, exige-se o cumprimento deste princípio. Seguindo este preceito, a Lei 11.439 de 29 de dezembro de 2006, ao estabelecer as disposições para elaboração das diretrizes

²⁶⁷ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.25.

²⁶⁸ *ibidem*, p.26.

²⁶⁹ *Ibidem*, p.26.

orçamentárias para o exercício de 2007, determina expressamente o agrupamento das informações de origem e aplicação dos recursos de forma consolidada, segundo depara-se no conteúdo do art. 18 e seu inciso com respectivas alíneas, assim dispondo:

Art. 18. A elaboração e aprovação do Projeto da Lei Orçamentária de 2007, e a execução da respectiva lei deverão ser realizadas de modo a evidenciar a transparência da gestão fiscal, observando-se o princípio da publicidade e permitindo-se o amplo acesso da sociedade a todas as informações relativas a cada uma dessas etapas.

§ 1º Serão divulgados na internet:

I - pelo Poder Executivo:

- a) as estimativas das receitas de que trata o art. 12, § 3º, da Lei Complementar nº 101, de 2000;
 - b) **a Proposta de Lei Orçamentária de 2007**, inclusive em versão simplificada, seus anexos e as informações complementares;
 - c) a Lei Orçamentária de 2007 e seus anexos;
 - d) a execução orçamentária com o detalhamento das ações e respectivos subtítulos, por unidade da Federação, de forma regionalizada, por órgão, unidade orçamentária, função, subfunção e programa, mensal e acumulada;
 - e) **dados gerenciais referentes à execução do Plano Plurianual**;
- [...] ²⁷⁰ [grifos acrescentados].

Verifica-se, desta forma, que a LDO-2007 contempla o princípio da unidade, determinando inclusive sua publicação atendendo, concomitantemente, aos princípios da publicidade, clareza e exatidão, por estarem umbilicalmente atrelados.

3.4.2.2 Princípio da Universalidade

Se o projeto orçamentário pretende estar revestido de validade, tornando-o inteligível, todas as receitas e todas as despesas do Estado deverão estar dispostos em uma única peça, não se admitindo que outros orçamentos, parciais, existam secretamente, em paralelo. Também não se admitem, sob fundamento da universalidade, dotações orçamentárias adicionais, pois se estaria destituindo de validade todo o sistema orçamentário.

César de Moraes Sabbag aponta que durante muitos anos este princípio deixou de ser atendido uma vez que entidades que utilizavam recursos públicos, por

²⁷⁰ BRASIL. Lei nº. 11.439 de 29 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2007. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Mar/Abr 2007. 1 CDROM.

possuírem autonomia financeira, não tinham seus orçamentos inseridos no bojo do Orçamento Anual.²⁷¹ Gastos eram realizados pelo Banco Central sem que passassem por qualquer tipo de validação parlamentar, situação que perdurou até a metade da década de oitenta. Situação esta que somente foi corrigida quando o Banco Central afastou-se das atividades de fomento e o Brasil passou por uma reformulação no sistema de administração da dívida pública; ademais, transferiu-se do Banco do Brasil e do Banco Central para o Ministério da Fazenda a administração do caixa do governo. Finalmente, a Constituição de 1988 consagrou este princípio, conforme análise da redação do art. 165, § 5º. eis que determina

§ 5º. A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.²⁷²

Verifica-se que o Poder Constituinte Originário buscou garantir a universalidade das contas orçamentárias fazendo inserir todas as alíneas de receitas e despesas, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e das empresas em que a União participe no seu capital social majoritariamente.

3.4.2.3 Princípio da Anualidade ou Periodicidade

Este princípio busca propiciar um sistema comparativo, em bases iguais, dos valores do Orçamento com os anos pretéritos. De fato, não seria possível obter um referencial do Orçamento de um determinado período, que contemplasse oito meses, com outro de quinze meses. Esta prática atenderia tão somente os interesses escusos da Administração Pública, cuja intenção seria a de obliterar dos administrados a real situação do erário.

²⁷¹ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.29.

²⁷² BRASIL. Lei nº. 11.439 de 29 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2007. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Mar/Abr 2007. 1 CDR0M.

Faz-se imprescindível, em nome da transparência, que a periodicidade seja equânime, permitindo a comparação do orçamento atual com os anteriores, possibilitando estudos da evolução das receitas e seus destinos, propiciando-se traçar graficamente as estimativas de alíneas específicas e acompanhar o andamento dos programas de longo prazo.

No Brasil, a exemplo do que ocorre na maioria dos países, o princípio da anualidade está positivado e encontra-se consagrado desde a Constituição Federal, em seu art. 165, § 5º. que reza: “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: [...] III - os **orçamentos anuais**.”²⁷³.

3.4.2.4 Princípio da Exclusividade

Contemplar matéria que não seja pertinente ao orçamento resulta em retirar do instituto a transparência e cristalinidade necessária para que o cidadão comum necessita para entender seus dispositivos. A inteligibilidade se mostra indispensável para a inteira validade do processo. Que utilidade teria a publicidade se no orçamento estivessem presentes outros assuntos? César de Moraes Sabbag denuncia que “durante a República Velha, não era incomum os parlamentares utilizarem o processo legislativo orçamentário, à mingua de proibição legal, para a aprovação célere de projetos de lei sem relação alguma com as finanças públicas”.²⁷⁴

3.4.2.5 Princípio da Legalidade

Retomemos as iniciais considerações desta obra sobre a origem do orçamento, na Inglaterra do Século XIII, onde o Rei João Sem Terra, sob pressão dos senhores feudais, aceitou introduzir na Magna Carta preceito que concedia aos contribuintes aprovar o tributo que iriam pagar. Percebe-se que sua consolidação pelo tempo transformou este num dos principais princípios do direito tributário e, por

²⁷³ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. [grifos acrescentados]

²⁷⁴ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.32.

conseqüência, na administração dos recursos, a saber: o princípio da legalidade.

O atendimento ao princípio da legalidade propicia, a um só passo, dois importantes quesitos de legitimidade: primeiro, a oportunidade de debate entre os parlamentares e, segundo, com sua promulgação, a ampla divulgação de seu conteúdo à população. Percebe-se, desta forma, que neste princípio encontramos um pilar fundamental da estrutura orçamentária.

É ingressando no princípio da legalidade que podemos lançar luz sobre o ápice do valor do orçamento e sua estrutura. Principiemos pela iniciativa do projeto de lei, que deve ser do Poder Executivo, segundo constata-se na leitura do art. 165 e incisos da vigente Constituição Federal. Segundo César de Moraes Sabbag, alguns argumentam que isto é apropriado porque ele detém a estrutura administrativa e as informações pertinentes para a elaboração do projeto de Lei, e, por corolário, admite-se – caso seja concedido validade a este argumento - atribuir ao ambiente administrativo maior importância do que ao ambiente democrático de direito.²⁷⁵ Conclui ele que “este raciocínio não pode ser válido, porque pressupõe que a utilidade e a racionalidade aparentes do processo suplantam, em importância, aspectos ligados à prática democrática ou à valorização de instrumentos de vigilância ética das finanças públicas”.²⁷⁶

O que se espera de um instrumento cuja magnitude alcança todos os aspectos da vida em sociedade? Que o processo encontre um ambiente plenamente compatível com um Estado Democrático de Direito. Há que se revestir o processo orçamentário de legitimidade parlamentar, com participação e liberdade de ajustes, adequando o orçamento aos anseios dos cidadãos, dos contribuintes e dos administrados. A iniciativa do poder executivo no projeto de lei, recebendo-o como produto acabado e embalado, induz as casas legislativas a aceitarem e adotarem seus termos e disposições; quando muito, fazem finos ajustes para garantirem um mínimo de satisfação dos seus próprios interesses.

²⁷⁵ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.34.

²⁷⁶ Ibidem, p.34.

Denuncia César de Moraes Sabbag que “o legislativo não deve ‘cumprir tabela’ na discussão sobre o recurso público nem assumir, por qualquer motivo, posição de subalternidade neste assunto prioritário”²⁷⁷ e exorta que os parlamentares participem de forma ativa e comprometida, com todos os seus esforços, para otimizar recursos e diminuir perdas; direcionar numerário para áreas que defenderam junto a suas bases, enfim, exercer o poder que lhes foi investido e confiado.

Passemos agora ao segundo aspecto basilar do princípio da legalidade, relacionado com a divulgação de seu conteúdo à população, vinculando-o umbilicalmente com o princípio da publicidade. Qualquer divulgação de ato legal somente produzirá efeito se provocar a reação desejada. No caso em tela, deseja-se não apenas informar aos administrados os recursos que possuem ou aos contribuintes a origem e aplicação dos tributos; antes, espera-se que ocorra um acompanhamento do que foi proposto, principalmente no que se refere a utilização do numerário. Desta forma, verificando-se que um determinado Ministério não está aplicando os valores estipulados na área prevista ou que, embora aplicados na área correta, mas a forma ou qualidade está aquém dos interesses públicos, ser-lhe-á possível argüir os gastos e exigir a adequação pertinente.

3.4.2.6 Princípio do Equilíbrio

Espera-se que os gastos e investimentos do Estado encontrem-se devidamente acobertados por receitas, em outros termos: que os gastos estejam dentro dos limites da origem dos recursos. Esta é a conseqüência que se espera ao seguir o princípio do equilíbrio, trazendo para o direito um preceito da economia, partindo de uma desconsideração por parte dos economistas clássicos com a organização e controle dos gastos, existente no Século XIX; o Estado deveria se concentrar ao máximo nas funções essenciais em detrimento do equilíbrio financeiro, que deveria permanecer nas mãos do mercado; o equilíbrio econômico, segundo os ensinamentos keynesianos, era mais importante do que o equilíbrio financeiro, permitindo-se ao Poder Executivo tomar empréstimos, se necessário, para alcançar

²⁷⁷ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.35.

o saneamento da economia e, por meio dela, restabelecer o déficit orçamentário.²⁷⁸

Ocorre que as crises econômicas do final do século XX, especificamente na década de setenta, alavancaram os juros e impediram o efeito desejado, desviando recursos imprescindíveis à áreas essenciais sob responsabilidade do Estado e provocaram ainda mais endividamento, expondo a falha nesta concepção de equilíbrio econômico e não orçamentário. No Brasil, o reflexo desta política encontra-se positivado na Emenda Constitucional 1/69 que obliterou os dispositivos garantidores de equilíbrio orçamentário, permitindo emissão e oferta de títulos do Tesouro Nacional, não incluídos no Orçamento Fiscal, para a amortização de empréstimos.

Sob a Constituição vigente o Princípio do Equilíbrio ganhou força e possui dispositivos capazes de garantir o necessário equilíbrio entre os gastos e as receitas, como por exemplo: a) a proibição de utilização de recursos do orçamento fiscal e da seguridade social sem que tenha ocorrido procedimento legislativo pertinente, segundo dispõe o art. 167, inciso VIII; b) é defeso empréstimo a qualquer entidade que não seja instituição financeira, preceito apontado no art. 164, § 1º.

3.4.2.7 Princípio da Discriminação ou Especialização

Inicialmente mostra-se importante estabelecer que o termo “especialização” é utilizado no sentido de tornar específico. O dicionário Caldas Aulete preceitua que especialização é “ato de especializar; distinção, particularização. Menção especial.”²⁷⁹ Assim, o princípio em análise busca estabelecer a obrigatoriedade de detalhar as alíneas de forma específica, facilitando sua análise. Não seria aceitável um orçamento que apresentasse tópicos tão genéricos que impediriam a identificação específica de seu conteúdo.

Juntamente com este princípio, os da unidade e da universalidade fazem-se pertinentes; vejamos o motivo no seguinte exemplo: um rol de gastos extremamente minucioso, apesar de atender o princípio em comento, poderia abrir de forma tão

²⁷⁸ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.37.

²⁷⁹ AULETE, Caldas. **Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa**. v.2. Rio de Janeiro: Delta, 1974, p.1393.

desdobrada as contas que prejudicaria a inteligibilidade, provocando a presença dos princípios da unidade e universalidade a fim de suas especificações que sejam agrupadas, debaixo de cada área. A mesma regra vale para as receitas.

Quando este princípio não é atendido, outro princípio, o da clareza, padece e o analista não consegue identificar, muito menos acompanhar, os gastos do orçamento. Assim, enquanto o princípio da discriminação ou especialização visa impedir que exista orçamento genérico, por outro lado, os princípios da unidade e da universalidade garantem que todas as alíneas orçamentárias estarão agrupadas em uma única peça. Acoplando-se ambos, teremos, então, um orçamento com grupos de receitas, grupos de despesas; assim, sob cada grupo encontraremos os subgrupos correspondentes e assim sucessivamente, até se chegar às contas orçamentárias, identificando individualizadamente a receita ou a despesa.

César de Moraes Sabbag ao comentar o mecanismo de grupos e subgrupos enuncia que “o nível dos desdobramentos deve guardar sintonia com o destinatário dos dados, sob pena de tornar-se inútil ou ser nocivo à transparência do sistema”.²⁸⁰

Analisando o nível de participação parlamentar e da própria sociedade – ambos em níveis próximos de zero - partilhamos da denúncia que faz este autor sobre a colaboração da imprensa quando divulga informações desvirtuando o conteúdo de uma verba orçamentária, provocando uma “descontextualização” das dotações, sob um “desconhecimento (talvez, desinteresse) generalizado da sociedade brasileira em matéria orçamentária. Este fato contribui para a manutenção do *status quo* e para o déficit democrático vigente”,²⁸¹ citando dois exemplos, que reputamos absolutamente pertinentes e importantes, para entender o reflexo que causa esta prática:

a) a dotação do *Poder Judiciário da União*, que inclui os dispêndios relativos aos precatórios, é noticiada pelos valores absolutos, sem qualquer comparação com os gastos referentes às pastas ou aos principais órgãos da administração direta. Diante de bilhões de reais,

²⁸⁰ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007. p.40.

²⁸¹ Ibidem, p.40.

o leitor e o telespectador são induzidos a concluir que o Judiciário é extremamente dispendioso e que, portanto, tem responsabilidade direta pela penúria financeira do país. As reportagens nunca esclarecem a verdadeira participação relativa do gasto no orçamento global (algo em torno de um por cento); b) os valores relativos aos *investimentos da União* são apresentados, também, nas suas expressões absolutas, sem qualquer indicação dos destinos dos recursos ou de sua comparação com os montantes globais do orçamento. Perde-se a possibilidade de analisar a *diversificação* e a *importância relativa* dos valores, em face do orçamento global de um país com débitos sociais enormes e que pretende se inserir competitivamente nos mercados globais.

Atualmente encontramos um orçamento demasiadamente discriminado que, segundo a opinião de César de Moraes Sabbag “dificulta a atividade de controle parlamentar e podem conduzir à perda de noção de escala e comparação”.²⁸² Discordamos, contudo, deste posicionamento. Seguindo-se técnicas contábeis, o resultado poderá ser um orçamento que partirá de gênero, com níveis de desdobramentos até se chegar à alínea específica. Nesta estrutura, basta ao intérprete escolher o nível de detalhamento para fazer sua análise.

Realizamos uma pesquisa no site do Ministério do Planejamento e encontramos de forma acessível os instrumentos orçamentários da República Federativa do Brasil, para o exercício de 2007, consistindo nas seguintes peças: a) Lei nº. 11.451 de 07 de fevereiro de 2007, que estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2007; b) os anexos que explicitam os valores de receitas (Anexo I, uma página), das despesas do orçamento fiscal e da seguridade social por órgão orçamentário (Anexo II, uma página); das despesas do orçamento de investimento, por ministérios (Anexo IV, uma página); demais explanações sobre pagamentos, detalhando os pagamentos.²⁸³ Nenhuma dificuldade foi observada para ter acesso a estas informações, sendo as peças concisas e de fácil compreensão.

²⁸² SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.40.

²⁸³ BRASIL. Lei nº. 11.451 de 07 de fevereiro de 2007. **Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2007**. Disponível em <www.planejamento.gov.br/arquivos_down/sof/orcamento_2007/loa_11451/070207_Lei_11451.pdf>. Acesso em: 25 ago 2007.

Todavia, as informações referem-se ao que foi orçado, mas um acompanhamento do orçamento exige mais que isso, é necessário verificar o desenvolvimento, isto é, a concretização do que foi programado. Neste sentido, o Senado Federal implementou um mecanismo que tem como objetivo principal abrir o orçamento para toda a sociedade brasileira, denominado “Siga Brasil”, propiciando a realização do acompanhamento da execução orçamentária da União, de determinado ano. Por esta ferramenta eletrônica, acessando o site www.planalto.gov.br, é possível encontrar o orçamento e apurar o índice de efetivação de suas peças. O problema é que as informações disponíveis não trazem as informações do ano corrente, ainda. As peças disponibilizam pesquisas por órgãos, por programas, por regiões políticas. Com estes dados é possível cobrar das instituições públicas a realização dos programas que foram apresentados no Projeto de Lei e do Plano Plurianual – PPA.

3.4.2.8 Princípio da Não-afetação das Receitas

O princípio da não-afetação das receitas obrigação a observado da lei de diretrizes orçamentária e impede que os recursos tenham destino fixo. O resultado seria o engessamento das ações do administrador responsável, tolhendo-se a liberdade necessária para contornar emergências ou atender demandas específicas. Sabbag²⁸⁴ aponta como benefício a “eficiência da programação financeira, evitando-se eventuais sobras de recursos em programas de menor importância e falta de verbas em outros de maior prioridade”.

A Constituição Federal de 1988 atende a este princípio quando proíbe a vinculação de receitas a órgãos, fundo ou despesa salvo os sistemas de redistribuição federativa de tributos como: as distribuições das arrecadações da União aos Estados e Municípios, programas de investimento nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, aplicação de recursos nos sistemas de saúde e ensino, garantia da União por antecipações de receitas.

Nesta obra é absolutamente pertinente aplicar um olhar focado no sistema de saúde. Verificamos que o assunto recebe atenção especial no Título VIII que trata

²⁸⁴ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.41.

“da Ordem Social”, em seu Capítulo II, que se refere se refere à Seguridade Social, onde alcançamos a Seção II denominada “Da Saúde”. Derivamos, de forma direta e nítida, que Saúde é um componente da Seguridade Social, financiado segundo delineamento contido no art. 195:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, **mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:**

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de **salários** e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) **a receita ou o faturamento;**

c) **o lucro;** (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 20/98, DOU 16.12.1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o artigo 201; (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 20/98, DOU 16.12.1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003, DOU 31.12.2003, com efeitos a partir de 45 dias da publicação) [grifos acrescentados].

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

§ 1º **O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.** (Antigo parágrafo único renumerado pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000, DOU 14.09.2000)

§ 2º 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: (AC)

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (AC)

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 155 e dos recursos de que tratam os artigos 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (AC)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 156 e dos recursos de que tratam os artigos 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (AC) (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000, DOU 14.09.2000) [grifos acrescentados].²⁸⁵

²⁸⁵ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Dos dispositivos acima há duas considerações importantes a fazer: a primeira, concernente a existência ou não de justificativa para a vinculação instituída; a segunda, diz respeito ao destinatário do princípio.

Abordemos a primeira questão, se há justificativas plausíveis para tal vinculação ou afetação. Não são exaustivas as disposições constitucionais que transcrevemos acima, mas expõe de forma nítida a vinculação que o poder constituinte originário a arrecadação de tributos. Cumpre lembrar que estamos tratando do princípio da não-vinculação e o art. 195 da CRFB/1988 está preceituando exatamente o oposto, cabendo-nos analisar se o dispositivo encontra legitimidade e deve ser prestigiado ou se, ao contrário, não é legítimo e, por isso, ser atacado. Façamos esta análise debruçando-nos no próprio texto constitucional.

O art. 6º da CRFB/1988 dispõe, em sua redação vigente, que “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” [grifos acrescentados] e o art. 196 atribui ao Estado a implementação deste direito ao dispor que

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”²⁸⁶
[grifo nosso].

Desta forma, sendo a saúde um dever da magnitude social, previsto desde a Constituição Federal, considerado como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, com visível opção por um Estado Social, encontra aí sua justificativa para vincular percentual de arrecadação tributária para esta alínea de gastos. Não se trata de desconsiderar o princípio, mas antes, estabelecer uma razoável exceção visando garantir o atendimento e implementação de um direito constitucional imprescindível.

Abordemos, então, a segunda questão, relativa ao destinatário do princípio da não

²⁸⁶ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

afetação. Alçemos memória às considerações inicialmente realizadas, sobre o modelo instituído atualmente no Estado Brasileiro. A Lei de Diretrizes Orçamentárias é de iniciativa do Poder Executivo. Desta forma, identificamos um dos destinatários do princípio. Em seguida, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO – é encaminhada para as casas do Congresso Nacional que deverá decretar, após meticulosa apreciação, a Lei. Encontramos, deste modo, o segundo destinatário do princípio em estudo. O terceiro destinatário seria o Poder Judiciário, ao apreciar demandas que imputasse a qualquer das peças orçamentárias o adjetivo de inconstitucionalidade.

Todos os três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, portanto, encontram-se sob os preceitos do princípio da não-afetação das receitas. Poderia haver outro destinatário? Sim. Tomando por hipótese que a Constituição Federal estipulou vinculação à maioria dos tributos. O Poder Executivo estaria tão limitado ao elaborar a LDO que apenas pôde regulamentar os custeios, sem margem para estabelecer, segundo necessidades sociais, os ajustes que as circunstâncias exigiram. Por corolário, apreendemos que também o Poder Constituinte Originário deve, ao elaborar a Carga Magna, dobrar-se ao princípio em comento. Infelizmente ao invés de preservá-lo vemos constantes ataques a ele. A Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal aprovou projeto de lei que vincula, durante cinco anos, dez por cento da receita tributária para a área de segurança pública, segundo denunciado em editorial do jornal O Estado de São Paulo e aponta, ainda, que

verbas vinculadas não garantem a eficiência dos gastos, pois isso depende não só do dinheiro, mas também da qualidade dos projetos e programas e da competência administrativa. Ao contrário: recursos garantidos por lei são um forte estímulo ao desleixo, ao desperdício e até ao desvio de dinheiro.²⁸⁷

Pelo que vemos, ainda teremos que esperar mais algum tempo para que as casas legislativas apliquem-se aos princípios orçamentários mais salutares, concedendo espaço para o Poder Executivo investir de forma eficiente nas áreas segundo a demanda corrente.

²⁸⁷ Violência contra o Orçamento. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 21 maio 2007. Notas e Informações, p.A3.

3.4.2.9 Princípio da Publicidade

Estabelece a Constituição Federal que os atos da Administração Pública devem orientar-se por princípios, dentre eles, o da publicidade, conforme apreende-se da leitura do art. 37, caput, ao preceituar que

Art. 37. **A administração pública direta e indireta** de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios** de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada ao caput pela Emenda Constitucional nº 19/98)[grifos acrescidos].²⁸⁸

Cumprir tal requisito, portanto, dará às peças orçamentárias o selo da legalidade, legitimidade e validade, partilhando desta opinião, César de Moraes Sabbag ao expor que “o princípio da publicidade exige que os orçamentos sejam levados ao conhecimento público, como medida de validade e legitimidade”.²⁸⁹

Mas deve-se perscrutar qual o objetivo deste princípio e como atingi-lo, mediante a publicidade. Bastaria a simples publicação das peças orçamentárias na imprensa oficial? César de Moraes Sabbag denuncia que “a simples publicação dos orçamentos somente produz efeitos no campo da validade formal das peças e se mostra de pouca utilidade como fator de legitimação do sistema” e justifica que “esta publicidade não informa, não gera conhecimento, não desperta interesse nem induz à reflexão sobre a política orçamentária”.²⁹⁰

Analisando o inconformismo do autor na exclamação acima, podemos extrair alguns elementos que merecem correção para atingir seu real objetivo: o envolvimento e compreensão da sociedade para que exerça o controle e resigne-se mediante institutos políticos e jurídicos pertinentes. O próprio autor dá o caminho da reflexão ao lembrar que “quase nada se sabe ou se questiona a respeito dos atores orçamentários, dos montantes envolvidos, das opções políticas por detrás das rubricas de despesa e das disputas anuais pelo poder político” e aponta para a

²⁸⁸ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁸⁹ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.42.

²⁹⁰ Ibidem, p.43.

origem do mal acrescentando que “a sociedade não se importa em saber *o que* seus representantes estão fazendo com o dinheiro público”.²⁹¹.

De fato, a sociedade não acompanha, isto é, não fiscaliza o destino de seu próprio dinheiro que entrega ao Estado compulsoriamente. Neste fato residem males históricos que já abordamos neste capítulo. Em outra escala, o mesmo ocorre com os condôminos que não se preocupam com a fiscalização das taxas depositadas mensalmente em forma de prestação condominial e são raros os participantes de reuniões deliberativas de seu condomínio, quer se refira à sua residência ou a seu escritório. Não é de se esperar, então, que em escala ainda maior – a administração pública está historicamente apartada dos administrados – exista acompanhamento dos contribuintes, dos cidadãos, dos administrados em relação aos orçamentos. Esta é uma deficiência que somente poderá sofrer avanços mediante aplicação de uma nova educação fiscal.

Não podemos esperar, ainda, que todos os cidadãos assinem e leiam diariamente os Diários Oficiais – da União, do Estado e do Município em que vivem. Muitos nem sequer têm acesso aos jornais de bairro devido à penúria em que vivem. Infelizmente falamos de parcela representativa da população. Assim, considerar que os instrumentos que compõe a estrutura orçamentária, ao serem publicados nos Diários Oficiais cumpram o requisito do princípio é praticar hipocrisia. Não se está atingindo aqueles a quem o preceito visa alcançar.

Todavia, a publicidade, como mencionado linhas acima, tem um objetivo. A publicação na imprensa é apenas a forma como pode ser cumprido. Estamos atribuindo acerto na afirmativa de César de Moraes Sabbag, exposto em seu comentário, no qual, indignado, atesta que a publicidade não informa. Analisando sua expressão, verificamos que se faz mister tornar ao alcance da população os elementos orçamentários, para que entendam seu conteúdo, mediante adoção de linguagem acessível. Espera-se, para tal, que os componentes informativos do orçamento sejam inteligíveis, propiciando um controle por parte da população²⁹².

²⁹¹ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007. p.43.

²⁹² Este quesito será tratado adiante no tópico 3.4.2.10 denominado “Princípio da Clareza”.

Uma ressalva, contudo, é pertinente. Não pode ser objeto do princípio da publicidade a discussão em torno dos valores apresentados no orçamento. Entendemos que o Estado Democrático de Direito, onde atuam representantes eleitos para cumprirem suas atribuições, pressupõe que as ações estão sendo realizadas em nome dos representados que possuem melhores condições de análise das informações para decidir políticas econômicas, financeiras e sociais. Não seria produtivo obter a aprovação popular para cada uma das alíneas que compõe o orçamento. As pessoas comuns não estão estruturadas, na maioria das vezes, para tomar decisões desta envergadura, por isso é que nomearam representantes para cada uma das atribuições do Estado. O máximo que podemos admitir, em termos de delegação de decisões, é que apenas uma parcela das verbas, já alocadas para finalidades específicas e devidamente aprovadas pelo processo legislativo, possa ser discutida pelo mecanismo denominado Orçamento Participativo, o que é totalmente distinto e salutar.

Este mecanismo – do Orçamento Participativo – porém, deve ser utilizado com moderação, pois como já defendemos acima, há um corpo legislativo designado por instrumentos democráticos para representar a vontade da população, apresentando suas abalizadas decisões, uma vez que possui cabal informação para fundamentar suas opções. Em outras palavras, o Poder Legislativo encontra-se no seu devido lugar para detectar e representar a vontade popular; se constantemente recorre à população para referendar suas decisões, demonstra que: a) não tem competência técnica para tomadas de decisões, deixando de fazer seu trabalho de prospecção de dados; b) sente-se inseguro em tomar decisões para não ter que prestar contas sobre eventuais fracassos, desejando não se comprometer com os resultados de suas ações.

3.4.2.10 Princípio da Clareza

O orçamento deve chegar à inteira sociedade para, conforme já defendemos, receber o acompanhamento de sua implementação. Para tal, deve apresentar-se em linguagem acessível e demonstrativos elucidativos, resumos e quadros sinóticos. Importante que fique transparente que política econômica se adota e como está

sendo dirigida. Deve estar visível a origem e aplicação dos recursos; mas, não basta. Deve estar indicada a motivação dos gastos e seus reflexos a longo prazo.

César de Moraes Sabbag deflagra que “quando se tornam ininteligíveis, estas peças realimentam a equação do desconhecimento/desinteresse, confundem a sociedade, não produzem críticas nem aproximam o assunto orçamentário das pessoas” e atesta que “no Brasil, pode-se afirmar que o princípio da clareza nunca foi atendido de forma satisfatória”.²⁹³

3.4.2.11 Princípio da Exatidão

O orçamento não pode conter linguagem afásica, deverá refletir a realidade das contas e dos programas que se pretendem efetivar. César de Moraes Sabbag classifica os orçamentos que destoam da realidade como um não-orçamento, o que resume toda a temática.²⁹⁴ Embora seja um preceito simples de ser considerado, sua importância é extrema. Os demais princípios, mesmo que plenamente cumpridos, serão plenamente inócuos diante da falsidade de seu conteúdo.

3.4.3 Políticas Econômicas e o Papel do Orçamento do Estado

O modelo econômico que o Estado aplica para atingir ao Bem Estado, finalidade última do Estado, reflete diretamente na composição do Orçamento, pois, como já demonstrado, este é instrumento para implementação das políticas econômicas governamentais. Desta forma, sob o modelo de Estado Liberal, o estado concentra suas ações – e conseqüentemente, seus recursos financeiros – em educação, segurança, saúde e defesa da soberania; sob um modelo de Estado de Bem Estar Social, os recursos estarão abrangendo também, e de forma significativa, programas sociais, visando à distribuição de renda e redução da diferença entre classes econômicas.

César de Moraes Sabbag atesta que até mesmo a evolução da estrutura orçamentária deve-se em parte à mudança do papel do Estado, no momento em que

²⁹³ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.44.

²⁹⁴ Ibidem, p.46.

se obriga a assumir papel interventor na economia; ensina que “a crescente intervenção estatal na economia e a notável assunção de responsabilidades sociais exigiram que o Estado se aparelhasse e dispusesse de técnicas elaboradas de administração” e acrescenta que “não bastava prever despesas, estimar receitas e juntar os quadros respectivos: era preciso economia e eficiência da máquina pública; era necessário planejar e controlar o recurso público, de forma sistemática”.²⁹⁵

O aspecto técnico e metodológico dos orçamentos, porém, persiste em trazer consigo as deficiências decorrentes da manipulação política, tal como ocorria desde que surgiu no cenário de organização financeira dos Estados. Em verdade, uma análise mais apurada nos leva ao cerne da problemática: qualquer que seja a estrutura e o modelo de controle, sempre haverá a degradante prática do desvio de recursos públicos para cofres particulares, isto é, para a moderna burguesia em detrimento das classes menos privilegiadas. César de Moraes Sabbag assevera que “tal fato [o avanço das técnicas orçamentárias], porém, não impediu que os sistemas orçamentários fossem manipulados e se tornassem, cada vez mais, instrumentos do poder político”.²⁹⁶ É o exercício indevido do poder político.

O orçamento recebeu incumbência, sob o Estado Liberal, de assegurar o equilíbrio das contas públicas e garantir a máxima performance ao erário, servindo como ferramenta balizadora e disciplinadora da administração pública. Foi sob este desafio que evoluiu em sua forma. Foi assim que, no Brasil, em 1964, por via da Lei 4.320, regulamentou os princípios da unidade, universalidade e anualidade, positivados desde a Constituição de 1934²⁹⁷.

Não obstante as questões que envolvem o orçamento, em seu aspecto formal, uma análise importante deve ser erigida em sentido material, ou seja, a disposição dos valores em relação aos programas macro-econômicos; em outros termos, estudaremos o orçamento enquanto instrumento de implementação das políticas econômicas.

²⁹⁵ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007, p.21.

²⁹⁶ Ibidem, p.21.

²⁹⁷ Vide explanação sobre as evoluções verificadas nos sistemas orçamentários do Brasil no tópico: 3.3.1.2.

Sob o estado liberal, o Estado mantinha-se ausente em nome da proteção da liberdade individual. Paulo Bonavides resume que “sua essência há de esgotar-se numa missão de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social”.²⁹⁸ Desta forma, sob o Estado Liberal, os orçamentos refletiam uma abstenção de gastos sociais. Todavia, passado para o Estado Social da Sociedade²⁹⁹ a atenção para políticas sócias passa a ganhar corpo, o que é visível desde o preâmbulo de nossa Constituição atual, refletindo o momento histórico, senão vejamos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, **destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais** e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça **como valores supremos** de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.³⁰⁰

Verificamos, portanto, que o Poder Constituinte, consciente da escolha popular por um Estado Democrático Social, adotou como elemento balizador das políticas governamentais e econômicas, a realização dos direitos sociais. Todo Estado que, em seus programas vise uma distribuição de riquezas, não importa o modelo político adotado, enquadra-se sob o rótulo de Estado social, assim, segundo ensina Paulo Bonavides,

a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram “Estados sociais”. Da mesma forma, Estado social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente; e **o Brasil, desde a Revolução de 1930**. Estado social foi, por último, na órbita ocidental, a República Federal Alemã, que assim se confessava e proclamava textualmente em sua Constituição, adotada em Bonn, antes da unificação.³⁰¹

Todavia, esta não é ainda a visão contemporânea do Estado Social, que surgiu pela

²⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.41.

²⁹⁹ Vide estudos sobre a passagem do Estado Liberal para o Estado Social no tópico 2.2 denominado “Modos de Estruturação do Estado” e seus sub-tópicos.

³⁰⁰ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

³⁰¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.41.

“intervenção ideológica do socialismo”³⁰² e somente ganhou os contornos contemporâneos após desprender-se do controle burguês. Buscando definir este Estado Social, Bonavides³⁰³ lembra que “neste momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural. Nasce, aí, a noção contemporânea do Estado social”.

Identificamos, no enunciado de Bonavides, portanto, que um dos traços identificadores do Estado Social é o combate à desigualdade social, meta persistente na República Federativa do Brasil, conforme assentado de forma cristalina no instrumento maior do ordenamento jurídico pátrio, desde seu intróito.

Ademais, se dúvidas ainda existissem sobre a opção brasileira em direção ao Estado Social, Paulo Bonavides enumera como características identificadoras, pois

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.³⁰⁴

Ao apresentar este rol de práticas políticas e econômicas que o Estado passa a adotar, cuja descrição pode perfeitamente ser desdobrada, tópico por tópico, deixa Bonavides³⁰⁵ transparente que se está muito próximo de um Estado de socialização parcial; este seria alcançado no momento em que o Estado passa a concorrer com a iniciativa privada em diversas e importantes atividades econômicas produtivas. Atinge-se, finalmente, o Estado socialista quando “o Estado produtor puder remover

³⁰² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.182.

³⁰³ Ibidem, p.185.

³⁰⁴ ibidem, p.185s.

³⁰⁵ ibidem, p.186.

o Estado capitalista, ditando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob seu poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada [...]”. Elucidamos este ponto apenas para firmar posição precisa do Estado social e os demais estágios de relacionamento entre o capital e a sociedade.

Voltemos agora à abordagem do Estado social indagando qual seu efeito em meio à sociedade? Esclarece Paulo Bonavides que é ele intervencionista com presença intensa “do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas”.³⁰⁶

Sem dúvida, é o caso que se apresenta do Brasil, onde presenciamos ampla dependência de políticas distributivas do Governo Federal, tal como os desenvolvidos sob o programa “Fome Zero”. Em regiões onde o percentual de pessoas carentes é ainda maior, como no caso do Nordeste e Norte, há programas de desenvolvimento para amenizar a situação crítica em que vivem tais camadas sociais. No âmbito da saúde, parcela expressiva da sociedade encontra-se plenamente dependente da estrutura pública de atendimento, pois não conseguem acesso ou se manter sob a estrutura do sistema privado de serviços.

3.5 NORMAS DO DIREITO POSITIVO E ANÁLISE DO SISTEMA DE ATENDIMENTO À SAÚDE PÚBLICA

Analisamos, até aqui, o atual estágio dos direitos fundamentais, contextualizados na hodierna sociedade. Concluimos que o Estado tem o dever de tutelar estes direitos utilizando toda a estrutura que montou para seu povo, como conseqüência do entendimento que manifestamos, desde o início, de que as normas constitucionais são muito mais do que meros elementos programáticos, estáticos, contidos em um documento de intenções. Abraçamos o conceito de Antonio Emilio Perez Luño de que os direitos fundamentais determinam ao Estado, isto é, ao Poder Legislativo,

³⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.200.

Executivo e Judiciário, as ações que deve tomar para que estes vejam em seu cotidiano a efetivação das normas constitucionais denominadas direitos fundamentais³⁰⁷.

Desta forma, o poder Legislativo deverá promover as leis que venham esculpir os direitos fundamentais à sociedade; o Executivo atuará mediante oferecimento de estruturas físicas, recursos financeiros e principalmente humanos, disponibilizando serviços aos administrados; o Judiciário exteriorizará sua ação corrigindo os desvios e omissões, segundo for demandado.

O ponto inicial do Poder Legislativo será, mantendo os olhos fixos na Carta Magna, criar um conjunto de leis que realizem os preceitos constitucionais ali insculpidos. Em nosso caso, especificamente, o disposto sobre os direitos à saúde. Entendeu por bem, o Poder Constituinte Originário, assegurar a todos, como direitos sociais, o acesso à uma estrutura que não apenas restabelecesse mas também prevenisse a saúde dos cidadãos, pois em seu art. 6º. determina expressamente que

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. (Grifo nosso. Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000, DOU 15.02.2000).³⁰⁸

E, ao tratar especificamente destes direitos, criou sob o Título VIII do Capítulo II denominado “Da Seguridade Social” a Seção II, denominada “Da Saúde” e abre-a com o art. 196 que dispõe

Art. 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.³⁰⁹

Cristalizou, desta forma, o direito à saúde como uma obrigação do Estado, atribuindo a todos os poderes atribuições para seu cumprimento. Não se trata apenas de cuidar dos doentes, mas, antes, criar projetos e ações concretas para a

³⁰⁷ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Espanha: Editorial Tecnos, 1984, p20.

³⁰⁸ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

³⁰⁹ Idem.

prevenção de moléstias físicas. Ao poder Executivo deixou direta e expressamente a determinação de prestação de serviços a toda população.

Mas o alcance dos preceitos sob o art 198, acima transcrito, não se restringe ao poder Executivo. Está endereçado também ao Legislativo, para que, em toda sua atuação legiferante, observe estes preceitos como diretrizes. Todavia, seus integrantes, principalmente os Deputados e Senadores, por sua competência legislativa neste assunto, não podem desaperceber-se do dinamismo social provocado por inovações tecnológicas e modificações de ordem cultural, eventos que alteram a estrutura e visão política, lutas sociais que, não raro, culminam em lutas armadas. Lembra Eduardo Novoa Monreal que “com isso a dissociação entre a lei e a realidade social transforma-se em problema notório, que nem o sociólogo nem o jurista pode passar por alto”.³¹⁰

Analisemos, então, o que tem realizado de concreto o Poder Legislativo e Executivo, iniciando pela legislação e regulamento do Sistema Único de Saúde – SUS, e em seguida, os preceitos normativos que tem pertinência com o Sistema de Saúde Suplementar.

3.5.1 Sistema Único de Saúde – SUS

3.5.1.1 Preceitos Constitucionais

O Sistema Único de Saúde encontra fulcro no art. 198 e seus parágrafos, da CRFB/1988. Analisemos seus preceitos, iniciando pelo *caput* que determina ao Poder Executivo o estabelecimento de uma rede montada sob uma hierarquia, com estabelecimentos regionalizados, pois reza

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade.³¹¹

³¹⁰ MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p 30.

³¹¹ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF:

O Constituinte Originário buscou a estrutura hierarquizada, sob uma estrutura única, não para concentrar poder, mas para otimizar recursos e impedir que, sob uma forma independente, cada região ou Unidade da Federação, adotasse sistemática divergente o que poderia provocar obstáculo ao acesso dos necessitados. Gregori³¹², ao comentar a previsão Constitucional acima, lembrando que o SUS estrutura-se sob três princípios basilares, a saber: descentralização, atendimento integral e participação social, exorta que “a questão da saúde não pode ser vista isoladamente, mas associada a políticas públicas de saneamento, alimentação, transporte, emprego e lazer”.

A Constituição Federal previu que o financiamento do SUS seria realizado de forma dispersa, onde, a rigor, toda a população ativa participa, delineando no § 1º. que

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Antigo parágrafo único renumerado pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000, DOU 14.09.2000)³¹³

A aplicação de recursos será efetuada com a participação de todos os entes da federação, devendo o Executivo de cada uma, ao elaborar seu orçamento, observar as aplicações arroladas no § 2º. pois estabelece que

§ 2º 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: (AC)

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (AC)

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 155 e dos recursos de que tratam os artigos 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (AC)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 156 e dos recursos de que tratam os artigos 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (AC) (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000, DOU 14.09.2000)³¹⁴

Senado, 1988.

³¹² GREGORI, Maria Stela. **Planos de saúde: A ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p26.

³¹³ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF:

Senado, 1988.

³¹⁴ Ibidem.

Atento à necessidade constante de adequação das normas à realidade social para evitar a ruptura do sistema positivo com a sociedade, a Carta Magna deixou estabelecido, em seu § 3º, que

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (AC)

I - os percentuais de que trata o § 2º; (AC)

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (AC)

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (AC)

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. (AC) (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000, DOU 14.09.2000) ³¹⁵

As ações de prevenção e combate às moléstias serão gerenciadas em cada região por gestores, para assegurar, mediante proximidade dos usuários finais, máxima eficiência. Assim, há previsão nos §§ 4º. e 5º. de que

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 51, de 14.02.2006, DOU 15.02.2006)

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias. (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 51, de 14.02.2006, DOU 15.02.2006) ³¹⁶

Não somente gestores, como enunciado acima, mas também estes poderão utilizar pessoal capacitado para atuar diretamente nas comunidades, realizando atividades de combate a epidemias e moléstias. O § 6º. demonstra, contudo, que o exercício do cargo de agente de saúde é extremamente imprescindível e deverá ser levado a cabo, sob penas severas, culminando com a exoneração em caso de descumprimento com requisitos legalmente estabelecidos para sua atividade, pois o § 6º. determina que

³¹⁵ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

³¹⁶ Ibidem.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (NR) (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 51, de 14.02.2006, DOU 15.02.2006)³¹⁷

Estes são os preceitos que derivamos da análise direta no texto constitucional, sob o qual verificamos, até agora, que a preocupação primária foi direcionada à prevenção e tratamento de causas e efeitos diretos, não obstante estar previsto no próprio art. 198 da CRFB/1988, que as ações concretas deveriam abranger os fatores indiretos de cuidados à saúde, como educação e bom ambiente econômico, o que encontramos no art. 200, dispondo que

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos.

Doutrina Vinculada

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.³¹⁸

Destas atribuições, que merecem aplausos, pois aproximam-se dos anseios universais expressos na Declaração dos Direitos Humanos, assumindo o papel do Estado em ações indiretas, conforme estabeleceu o inciso VIII do art. 200, acima transcrito. Alguns comentários, portanto, merecem ser apresentados.

O inciso I, ao estabelecer que o SUS – entendemos um órgão que deste receba delegação de atribuições – deverá promover a inspeção de produtos que possam

³¹⁷ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

³¹⁸ Ibidem.

afetar a saúde; o entendimento a ser dado é o mais amplo possível e não apenas produtos ligados à área farmacêutica ou de alimentação, em consonância com a interpretação do inciso VIII que abarca a proteção ao meio ambiente. Com isto queremos chamar atenção a aspectos que, embora não ligados diretamente ao consumo humano, afetam sua saúde, desde utensílios domésticos até poluição por emissão de gases provenientes da queima de combustível, passando pelo controle de destino dos resíduos industriais, hospitalares e domésticos.

Outro mérito que deve ser dado ao Constituinte é a preocupação com a saúde do trabalhador. Os incisos II e VIII voltam-se a proteção dele, considerando que é por via do trabalho formal que a economia se sustenta e avança. Mas creditamos a preocupação não apenas por esta fundamentação, pois seria retornar aos tempos em que imperava o liberalismo; a justificativa é que ambiente laboral insalubre custa à família do trabalhador insuficiência econômica para sua subsistência; ao empregador o ônus de perda da capacidade produtiva; à sociedade, o custo assistencial e previdenciário; a economia, como um todo, pela redução da produtividade em face à concorrência globalizada, implantada desde o século passado.

O inciso III, ao estabelecer que o SUS deverá promover treinamento visando a formação de recursos humanos na área da saúde, expõe o grave déficit de mão-de-obra presente em nossos dias. O Poder Executivo está inerte e não observa este importante preceito constitucional, uma vez que há diárias denúncias de falta de pessoal em todas as áreas de atendimento à saúde. Infelizmente não é necessário pesquisar denúncias sobre o descaso neste aspecto. Qualquer jornal do país, em qualquer dia do ano, traz denúncias graves de falta de pessoal.

Como exemplo, citemos o Jornal “A Gazeta” de 04 de julho de 2007, em matéria de capa, denuncia que há “hospitais lotados, pacientes espalhados pelos corredores, morte por falta de atendimento. É grave a crise pela qual atravessa a saúde pública no Estado”³¹⁹. A matéria expõe a gravidade da situação no Estado do Espírito Santo, sendo que a causa preponderante é a insuficiência de pessoal atuante na

³¹⁹ VIEIRA, Elaine. **Saúde Pública**: 7 medidas para um tratamento digno à população. **A Gazeta**, Vitória, 04 jul. 2007, p. 4.

área de saúde e, quando existente, não possui preparo adequado.

O Sindicato dos Servidores da Saúde – SindiSaúde (Espírito Santo), na voz de seu coordenador jurídico, Sólon Borges Marques Júnior, conclama ao Executivo a aplicação de mais verba para adequação dos recursos humanos e resume que “os baixos salários e a falta de condições para trabalhar são apontadas pelos membros de sindicatos como os principais entraves da saúde”.³²⁰

3.5.1.2 Preceitos infraconstitucionais

Abordamos no tópico anterior a fonte normativa para que o legislador ordinário, adotando este como norte, estabelecesse normas visando concretizar seu conteúdo. Passaremos, então, a analisar o que dispõe a legislação infraconstitucional, iniciando com a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, denominada “Lei Orgânica da Saúde – LOS”, disposta sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e visa, segundo disposto em seu art. 1º. regular, “em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado”.³²¹

A norma em análise tem como norte os mais elevados princípios enunciados pela Organização Mundial da Saúde – OMS, e enuncia, no art. 2º., § 1º. que

Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

A Lei ordinária, ao repetir o enunciado de que a saúde é um direito fundamental do ser humano, traz para a esfera infraconstitucional a vontade do legislador em efetivar um preceito constitucional, removendo de vez qualquer doutrina que o considere norma programática e, por isso, destituiria seu valor cogente, ante o Estado. Dando contornos de concretude ao dispositivo legal ordinário, o parágrafo

³²⁰ VIEIRA, Elaine. Salários e condições de trabalho são entraves. **A Gazeta**, Vitória, 04 jul. 2007, p. 4.

³²¹ BRASIL. Lei nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Jun/Jul 2007. 1 CDROM.

primeiro delinea o alcance das ações do Estado, explicitando a abrangência de sua ação, estabelecendo que

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O legislador atendeu ao escopo trazido pela OMS de que a responsabilidade do Estado em saúde pública abrange não apenas o restabelecimento de moléstias mas, antes, construir e manter um ambiente salutar, o que atinge até mesmo a área econômica. Entendemos, desta forma, que ao fomentar políticas anti-inflacionárias e de controle do desemprego, está de forma indireta, preservando o estado de saúde dos administrados. Normas que estabeleçam e fiscalizem condições de trabalho salubres encontram sua fundamentação neste mesmo raciocínio. A educação como bandeira diretiva de investimentos buscando a melhoria de sua qualidade concorre com as metas de preservação da saúde, também.

Muito há por ser feito, considerando este âmbito de atuação, pois quando buscamos compilar as normas que têm sido editadas sobre o assunto, verificamos que estas atacam apenas as causas diretas de distúrbios e restabelecimento da saúde, senão vejamos:

- 1) Decreto nº. 5.055, de 27.04.2004, DOU 28.04.2004, que institui o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência - SAMU, em Municípios e regiões do território nacional;
- 2) Decreto nº 3.964, de 10.10.2001, DOU 11.10.2001, que dispõe sobre o Fundo Nacional de Saúde;
- 3) Decreto nº 3.156, de 27.08.1999, DOU 28.08.1999, que dispõe sobre as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas;
- 4) Portaria MS nº 675, de 30.03.2006, DOU 31.03.2006, que aprova a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, que consolida os direitos e deveres do exercício da

cidadania na saúde em todo o País;

5) Portaria MS nº 1.060, do Ministério da Saúde, de 05.06.2002, DOU 10.06.2002, que aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência;

6) Resolução RDC/ANVISA nº 221, de 28.12.2006, DOU 29.12.2006, que cria a Rede Brasileira de Centros Públicos de Equivalência Farmacêutica e Bioequivalência e dá outras providências;

7) Resolução CFF nº 454, de 14.12.2006, DOU 21.12.2006, que regula as atividades do Farmacêutico em gases e misturas de uso terapêutico e para fins de diagnóstico;

8) Resolução CNS nº 354, de 14.09.2005, DOU 25.10.2005, que aprova o documento "Diretrizes Nacionais para o Processo de Educação Permanente no Controle Social do Sistema Único de Saúde - SUS".

9) Lei Federal nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde;

11 Lei federal nº. 11.350 de 05.10.2006, que dispõe sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, em atendimento ao disposto no art. 198 em seu § 5º. com redação dada pela Emenda Constitucional nº 51, de 14.02.2006, DOU 15.02.2006;

12) Lei federal nº. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento;

13) Lei federal nº. 10.205, de 21 de março de 2001, que regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades;

14) Lei Federal nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a

participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde;

15) Lei federal nº. 10.742, de 06 de outubro de 2003, que define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED;

16) Lei federal nº. 10.858, de 13 de abril 2004, que autoriza a Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz a disponibilizar medicamentos, mediante ressarcimento; em decorrência, o Poder Executivo, regulamentou dispositivos desta lei e institui o programa “Farmácia Popular do Brasil” por meio do Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004;

17) as leis ordinárias das Unidades da Federação sobre fornecimento, à população carente, de remédios, segundo lista previamente publicada.

Depara-se, portanto, com um quadro que mostra apenas ações diretas que devem ser tomadas pelos Poderes do Estado, quando se trata de cuidados com a saúde. Não encontramos políticas de educação que tragam como objeto, mesmo que secundário, a prevenção da saúde pública. Uma reeducação neste sentido se faz necessária e urgente.

3.5.2 Sistema de Saúde Suplementar

O Poder Constituinte de 1988 atribuiu ao Estado o dever de prestar assistência à saúde para toda a população, segundo disposto no art. 196 da CRFB/1988, pois

Art. 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.³²²

A amplitude da responsabilidade que foi determinada ao Estado também merece

³²² BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

destaque, uma vez que não apenas os denominados tratamentos de recuperação, mas ainda mais notável é que os serviços e ações devem, também, promover e proteger a saúde do povo brasileiro, acatando preceito da Organização Mundial da Saúde - OMS (World Health Organization – WHO) devidamente tratada neste capítulo ³²³.

O Estado, por sua vez, ao receber estas atribuições, deparou-se com um quadro que apresenta uma estrutura deficitária, com insuficiência de médicos, clínicas, hospitais e equipamentos. Muito acertadamente, porém, o próprio Constituinte Originário admitiu que a iniciativa privada participasse no atendimento, ao que aderisse de forma voluntária, prestação de serviços de saúde, conforme dispõe o art. 199 da CRFB/1988, pois analisemos este dispositivo:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. ³²⁴

Naquele momento, em sede de regulamentação da iniciativa privada neste setor, existia tão-somente o Decreto-lei nº. 73 de 21 de novembro de 1966, dispondo sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, visando a cobertura dos riscos de assistência médico-hospitalar, estabelecendo o reembolso ao contratante das despesas médico-hospitalares ocorridas. Sidnei Agostinho Beneti e Sidnei Agostinho Beneti Filho lembram que a organização dos seguros de saúde formatava-se “por intermédio dos convênios médicos e hospitalares” ³²⁵, sob os quais passaram a ocorrer constantes abusos devido à falta de regulamentação, circunstância que exigia uma estruturada legislação para o setor ³²⁶. O Código de Defesa do Consumidor buscou preencher parte desta lacuna, já sob a nova Constituição Federal, mediante a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.

Oito anos mais tarde, porém, foram sancionadas as Leis: 9.656 de 03 de junho de

³²³ Vide item 3.2.2.1 Sistemas de Saúde Pública – Definição e Objetivos.

³²⁴ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

³²⁵ BENETI, Sidnei Agostinho; BENETI FILHO, Sidnei Agostinho. Planos e Seguros de Saúde. In: **Direito & Medicina: Aspectos Jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.319.

³²⁶ Ibidem, p.319.

1998, que passa a dispor sobre os planos e seguros privados de assistência e seguros de saúde; 9.961 de 28 de janeiro de 2000 que Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; 10.850 de 25 de março de 2004 que atribui competências à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e fixa as diretrizes a serem observadas na definição de normas para implantação de programas especiais de incentivo à adaptação de contratos anteriores à Lei 9.656/1998, formando um sistema coeso de proteção aos usuários do sistema privado de assistência à saúde. Passemos a analisar esta regulamentação, verificando, ao final, o papel das entidades de prestação de serviço suplementar no desenvolvimento do inteiro sistema de saúde.

Mesmo com o advento de Lei própria, as relações dos consumidores continuaram recebendo guarida sob o Código de Defesa do Consumidor, conforme art. Art. 35-G, delineando que se aplicam “subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990”.³²⁷

Considerando a fundamentalidade do direito à saúde, cumpre-nos resgatar uma crítica ao Legislador ordinário, pois jamais poderia esta imprescindível instituição ter postergado por dez anos a regulamentação legislativa dos serviços suplementares de saúde. No vácuo legislativo, via-se um “jogo de conveniências das operadoras, sendo uma constante a procura, em ações isoladas, ao Judiciário e aos órgãos de defesa do consumidor para que a sociedade visse valer seus direitos”³²⁸.

Expõe-nos Sidnei Agostinho Beneti que a Lei 9.656 permaneceu tramitando no Congresso Nacional por sete anos, durante o qual as seguradoras de saúde com extrema frequência visitavam os tribunais do país com demandas que lhes imputavam abusos de toda ordem, em detrimento de seus usuários.³²⁹ Este fato promoveu uma Lei que buscou resguardar os interesses dos consumidores, motivo que lapidou este diploma legal com muitas garantias e proteções. Comentando o

³²⁷ BRASIL. Lei nº. 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Nov/Dez 2006. 1 CDROM.

³²⁸ GREGORI, Maria Stela. **Planos de saúde: A ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.15.

³²⁹ BENETI, Sidnei Agostinho; BENETI FILHO, Sidnei Agostinho. Planos e Seguros de Saúde. In: **Direito & Medicina: Aspectos Jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.323.

citado doutrinador a Lei em questão, lembrou que o elemento motivador foi “a defesa dos cidadãos, os quais eram quase sempre pegos de surpresa por alterações contratuais ou cláusulas de entrelinhas, que vedavam ou dificultavam o auxílio no momento necessário [...]”.³³⁰ Por sua vez, Maria Stela Gregori lembra que “os serviços privados de assistência à saúde estão submissos aos primados da dignidade da pessoa humana, da livre concorrência e da defesa do consumidor”.³³¹

Desta forma, a Lei 9.656, ao dispor sobre os planos e seguros privados de assistência e seguros de saúde, buscou organizar o sistema suplementar de saúde sob a seguinte estrutura, segundo definições enunciadas no seu art. 1º., *in verbis*:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; [...]³³²

Além de submeterem-se à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS as pessoas jurídicas que se enquadram em qualquer dos incisos do art. 1º, também estão submetidas a esta Agência, segundo os parágrafos 1º e 2º da Lei 9.656, os seguintes serviços e produtos característicos:

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;

³³⁰ BENETI, Sidnei Agostinho; BENETI FILHO, Sidnei Agostinho. Planos e Seguros de Saúde. In: **Direito & Medicina: Aspectos Jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.325s.

³³¹ GREGORI, Maria Stela. **Planos de saúde: A ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.15.

³³² BRASIL. Lei nº. 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Nov/Dez 2006. 1 CDROM.

- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração.³³³

Verificamos, portanto, que até mesmo as sociedades empresárias que fomentam e organizam entidades para oferecer serviços de proteção e assistência à saúde de seus empregados, também devem submeter-se às Leis que versam sobre os planos de saúde e à fiscalização da ANS. Esta abrangência do legislador ordinário sela a intenção do Estado proteger os interesses dos consumidores deste fundamental serviço à população.

O traço protetor da legislação em comento torna-se visível ao impedir às entidades de Planos Privados de Assistência à Saúde (Inciso I), dentre outros, a imposição de limite financeiro de gastos com médicos e hospitais. Neste mesmo sentido, determina o art. 12, inciso II que

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, **segundo as seguintes exigências mínimas:** (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001)

I ...

II - quando incluir internação hospitalar:

- a) cobertura de internações hospitalares, **vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade**, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; (Redação dada à alínea pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001) [grifo nosso].³³⁴

A vedação de imposição de limites máximos de custos com tratamento médico-hospitalar demonstra, ainda, que tais serviços devem cumprir sua função social e

³³³ BRASIL. Lei nº. 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Nov/Dez 2006. 1 CDROM.

³³⁴ Ibidem.

que os usuários do sistema não podem ficar desprotegidos exigindo das operadoras a excelência no planejamento de seus produtos.

Numa demonstração de reconhecimento da essencialidade dos serviços, o sistema recebeu ainda outro mecanismo para resguardar a população, mais diretamente seus clientes, a saber: as pessoas jurídicas criadas sob tais objetivos não sofrem falência, mas passam por liquidação. É o que enuncia o art. 23 da Lei em análise, estipulando que

Art. 23. As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência ou insolvência civil, mas tão-somente ao **regime de liquidação extrajudicial**. [grifo nosso]³³⁵

A continuidade dos serviços, portanto, mesmo nos casos de liquidação extrajudicial, deve ser preservada, visando não atingir o usuário. Assim, são colocados diversos dispositivos, dentre os quais, o do art. 24, para

Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, **a ANS poderá determinar a alienação da carteira**, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso..

[...]

§ 5º A ANS promoverá, no prazo máximo de noventa dias, **a alienação da carteira das operadoras de planos privados de assistência à saúde**, no caso de não surtirem efeito as medidas por ela determinadas para sanar as irregularidades ou nas situações que impliquem risco para os consumidores participantes da carteira. (NR) (Redação dada ao artigo pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001) [grifo nosso]³³⁶

Também os Tribunais têm alcançado o valor social do setor, conforme se pronunciou, em recente julgamento, a Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região, em Recurso Ordinário exprimindo que

LIQUIDAÇÃO EXTRA-JUDICIAL EMPRESA SAÚDE –
INOCORRÊNCIA DE SUCESSÃO POR EMPRESA CONGENERE –
As reclamadas são empresas que atuam no ramo de convênios

³³⁵ BRASIL. Lei nº. 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Nov/Dez 2006. 1 CDROM.

³³⁶ Ibidem.

médico-hospitalares e a **saúde é direito social garantido no artigo 6º da Constituição Federal**. A transferência do atendimento médico-hospitalar teve o aval da Agência Nacional de Saúde Complementar - ANS- visando a **garantia de direitos dos segurados**. Uma carteira de clientes tem valor de mercado, mas sua transferência ocorreu tão somente para atender o interesse geral e público que a questão envolve, **de outro modo, os clientes estariam privados de contar com atendimento médico sem solução de continuidade**. A transação não envolveu transferência de qualquer ativo ou passivo da UNICOR para a RAPS. Não se aproveitou a segunda co-ré de instalações, equipamentos, empregados ou qualquer outro bem que não a carteira de clientes. Não estão caracterizadas as hipóteses dos artigos 10 e 448 da CLT, inexistindo sucessão trabalhista. (TRT 2ª R. – RO 01462-2000-005-02-00 – (20050606110) – 9ª T. – Relª Juíza Rita Maria Silvestre – DOESP 02.12.2005) JCF.6 JCLT.10 JCLT.448 [grifo nosso].³³⁷

Ademais, para monitorar a saúde financeira das entidades do setor, o Legislador determina que os operadores promovam auditoria externa, independente, para análise do balanço e das demonstrações financeiras, segundo o art. 22, que reza:

Art. 22. As operadoras de planos privados de assistência à saúde **submeterão suas contas a auditores independentes**, registrados no respectivo Conselho Regional de Contabilidade e na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, publicando, anualmente, o parecer respectivo, juntamente com as demonstrações financeiras determinadas pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.[grifo nosso].³³⁸

As urgências e emergências, pela ausência de tempo para percorrer os caminhos burocráticos e administrativos que normalmente são impostos aos clientes/usuários, receberam tratamento destacado, extremamente salutar para coroar o sistema de segurança aos usuários, pois determina, pelo conteúdo do art. 12, inciso VI, que devem as operadoras proceder, ao paciente,

VI - **reembolso, em todos os tipos de produtos** de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em **casos de urgência ou emergência**, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada; (Redação dada ao inciso pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em

³³⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº. 01462-2000-005-02-00. Relatora: Rita Maria Silvestre. 02 dez. 2005. **IOB Júris Síntese**. Porto Alegre, Out-Nov 2006, 1 CDROM.

³³⁸ BRASIL. Lei nº. 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Nov/Dez 2006. 1 CDROM.

vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001) [grifo nosso].³³⁹

Reforça a garantia o disposto no art. 35-C ao estabelecer que

Art. 35-C. É **obrigatória a cobertura** do atendimento nos casos:
 I - **de emergência**, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizada em declaração do médico assistente; e
 II - **de urgência**, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional. [grifo nosso].
³⁴⁰

Considerando que as entidades privadas sempre buscam maximizar os resultados financeiros em suas atividades, poderiam ser seduzidas a estabelecer critérios para selecionar os clientes que mais lhes permitissem otimizar, em sentido financeiro, as operações. Para contrapor esta tendência de mercado, o legislador, acertadamente proibiu que houvesse a exclusão de parcela da população no sistema. Esta é a função do conteúdo do art. 14, pois

Art. 14. Em razão da **idade do consumidor**, ou da condição de **pessoa portadora de deficiência**, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde. (NR) (Redação dada ao artigo pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001) [grifo nosso]³⁴¹

Com o mesmo intuito, limitou o art. 15, § único o reajuste a pessoas com mais de sessenta e cinco anos de idade; vejamos:

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores há mais de dez anos. (Redação dada ao artigo pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001) [grifo nosso]³⁴²

Em conclusão à análise deste segmento privado, mister salientar que a atuação das operadoras de planos e das seguradoras de saúde, suas atuações concentram-se nos procedimentos para restabelecer a degradada saúde do cliente/usuário. Desta forma, ressalta ainda mais a importância de trabalhos e programas que visem

³³⁹ BRASIL. Lei nº. 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Nov/Dez 2006. 1 CDROM.

³⁴⁰ Ibidem.

³⁴¹ Ibidem.

³⁴² Ibidem.

prevenir enfermidades, o que ficará a encargo do Estado, pois tem como finalidade última promover o bem-estar de seu povo.

Preocupa-nos o fato de que inversamente proporcional à qualidade dos serviços prestados pelo Estado será a procura por alternativas oferecidas pela iniciativa privada. As operadoras do sistema suplementar de atendimento à saúde podem ver na debilidade dos serviços públicos, ocasião propícia para largos lucros. Guimarães³⁴³, em recente artigo, corrobora com este posicionamento e afirma que a regulamentação tem papel inibidor de excessos frente às operadoras de planos de saúde, com dupla utilidade: a) garantia de acesso aos serviços pela população de baixa renda; b) inibidora do 'sede de lucro' das operadoras de planos privados de saúde.

O art. 32 da Lei 9.656/98 que estabelece um mecanismo de ressarcimento aos SUS dos custos e dispêndios ocorridos no atendimento a pacientes que são, concomitantemente, clientes de operadoras de planos de saúde foram alvo de questionamentos por parte destas, defendendo afronta ao art. 196 da Constituição Federal vigente. Para entender a questão, melhor elucidarmos o evento: uma pessoa contrata com operadora de plano de saúde a prestação de seus serviços. Quando este busca atendimento, independentemente do motivo que levou a ser atendido pelo Sistema Único de Saúde, sendo cliente de plano da iniciativa privada, deverá ressarcir ao SUS. O Tribunal Regional Federal da Segunda Região firmou entendimento de que é constitucional esta cobrança, fundamentando que

1400620015 – ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – RESSARCIMENTO AO SUS – ART. 32 DA LEI Nº 9656/98 – AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – [...] Em verdade, **a relação só se altera quanto à operadora, que passará a restituir ao poder público os valores por ele expendidos com o atendimento a seus beneficiários.** [...]. (TRF 2ª R. – AC 2004.51.01.015918-9 – 6ª T.Esp. – Rel. Des. Fed. Rogério Carvalho – DJU 07.02.2007 – p. 216)³⁴⁴

Há dois âmbitos de análise a ser efetuados. O primeiro, na relação entre a

³⁴³ GUIMARÃES, Guilherme F. A. Cintra. **A Saúde também tem o seu preço.** Constituição & Democracia. UnB, Brasília, maio 2007, p 04.

³⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. ApelaçãoCível nº. 2004.51.01.015918-9. Relator: Rogério Carvalho. 07 fev. 2007. **IOB Júris Síntese.** Porto Alegre, Mar-Abr 2007, 1 CDROM. [Grifo nosso].

operadora e o órgão de previdência privada; o segundo entre o paciente e o poder público. No primeiro – relação entre operadora e o SUS - verifica-se impróprio o fato das operadoras receberem as parcelas mensais de seus clientes e verem-se livres da contraprestação destes serviços quando realizados por terceiros.

O segundo âmbito, na relação entre o paciente e o SUS inexistente qualquer modificação, ou seja, ocorrendo o ressarcimento ou não, mantém-se intacta, uma vez que, conforme lembrou o Relator Desembargador Federal Rogério Carvalho, não se cogita impedir ou negar atendimento ao cidadão. O cliente da operadora continuará sempre tendo o direito constitucional fundamental de ser atendido por qualquer instituição do SUS.

Poderíamos, contudo, indagar em que reside o fundamento da constitucionalidade do ressarcimento ao SUS dos gastos havidos com pacientes de planos privados? A pronúncia de Constitucionalidade aplicado neste caso é medida de justiça, uma vez que aplica o critério de igualdade em modo material, determinado pela Constituição Federal, em seu art. 3º, inciso I. Qual a diferença entre o cidadão que tem plano de saúde e é atendido pelo SUS e daquele que, igualmente atendido, mas não tem plano com iniciativa privada? Sob a ótica do atendimento, voltamos afirmar, não há qualquer diferença. Entendemos que há, contudo, um equacionamento entre quem poderia e deveria ter prestado o atendimento e daquele que efetivamente o prestou.

3.6 NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA

Dividimos o presente tópico em sub-tópicos para que seja possível, entre outras, encontrarmos a resposta à seguinte questão lançada ao início: qual o alcance que o Poder Constituinte Originário desejava garantir aos cidadãos ao estabelecê-lo como um direito de todos e um dever do estado?

Na implementação das políticas de gastos inseridos pela Constituição Brasileira, ocorrendo escassez de recursos – fato que se vê concretizado – quais princípios

devem ser invocados para o direcionamento dos gastos públicos? Ocorrendo conflitos, como devem ser dirimidos? Ademais, até que ponto seria aceitável ou legítima a alegada falta de recursos do Estado?

3.6.1 Direito Fundamental à Saúde Pública como Direito Objetivo

O que é Direito? Esta pergunta, por mais repetitiva que possa parecer, sempre será oportuna para estabelecer o indispensável pacto semântico, ou seja, o plano comum no uso da linguagem, visando eliminar dubiedades e vaguidades comuns em termos polissêmicos, como é o caso do vocábulo 'direito'. Não estaremos perscrutando direito no sentido epistemológico, ou seja, direito qual ciência, antes, o faremos no sentido apontado por Ockham, apud Lima³⁴⁵, ao defender que direito implica poder assegurado na lei positivada, isto é, num sistema normativo.

O art. 196 da Constituição Federal arrola o direito à saúde entre aqueles que compõem os direitos sociais segundo explicita o art. 6º. e, neste âmbito, ao atribuir ao Estado o dever de sua concretização, perante políticas públicas, estabelece seus contornos, aponta para seus titulares e quem deve ser seu cumpridor; delinea, também, como deve ser alcançado, a saber: mediante políticas sociais e econômicas. Estabelece, ademais, metas de uniformidade e acesso igualitário à população.³⁴⁶

Objetivamente, portanto, o direito à saúde encontra-se modulado para que seja oferecido acesso em satisfatórias condições a todos, tanto para a recuperação como também para sua prevenção. Em consonância com este preceito é que estabelece o art. 198 que a administração do SUS - Sistema Único de Saúde é centralizada para atender de forma ampla e uniforme aos que dela demandam atenção. Por esta razão exorta Lima que

³⁴⁵ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à Saúde e Critérios de Aplicação**. Júris Síntese. Porto Alegre: Síntese, 2005 nº 53. 1 CD-ROM.

³⁴⁶ Art. 6º. "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. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988).

o modelo a ser adotado no Brasil deve contemplar critérios racionais que, entendendo o direito à saúde não como um poder do indivíduo, mas como uma relação de justiça social, permitam o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços disponibilizados pelo Poder Público.³⁴⁷

Restou estabelecido, portanto, que, em relação ao direito objetivo à saúde, o Estado, consubstanciado no texto constitucional e mediante as normas infraconstitucionais, recebeu a incumbência de oferecer aos cidadãos brasileiros uma estrutura, em sentido amplo, de prevenção e recuperação física bem como elaborar políticas que previnam moléstias e melhorem a saúde dos seus administrados. Mas o direito à saúde não pode ser entendido apenas neste aspecto. É imperioso, que se aplique uma interpretação segundo o sentido subjetivo, o que se fará no próximo tópico.

3.6.2 Direito Fundamental à Saúde Pública como Direito Subjetivo

Estabelecido o direito objetivo, podemos passar à análise do direito subjetivo, como sendo a invocação, em casos concretos, dos direitos fundamentais; em outros termos, é o exercício, por seu titular destes direitos. Qualquer administrado que necessite da ação do Estado para receber a prestação de serviços de saúde pode recorrer à estrutura já desenvolvida, sempre com fulcro no preceito positivado, erigido na Constituição Federal³⁴⁸. Assim, ao cidadão cabe a prerrogativa de recorrer ao Estado para a prestação destes serviços, e ao Estado, por sua vez, imputa-se o dever de erigir fisicamente um completo sistema prestacional de serviços à saúde.

O direito subjetivo encontra sua cristalização no momento em que individualizamos sua efetivação, no momento em que buscamos sua concretização. Desta forma, se o Estado, por meio de seu Poder Executivo, atende a um paciente acolhendo-o em sua rede hospitalar, designa-lhe um médico, aplica-lhe medicamentos, realiza intervenção cirúrgica, está fazendo-o de forma voluntária, podendo buscar remédios jurisdicionais que o mesmo Estado lhe põe à disposição, para corrigir a deficiência.

³⁴⁷ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à Saúde e Critérios de Aplicação**. Júris Síntese. Porto Alegre: Síntese, 2005 nº 53. 1 CD-ROM.

³⁴⁸ Art. 196 em diante, sob o Título VIII “Da Ordem Social”.

Todavia, estando o direito à saúde arrolado entre os direitos sociais o que exige uma aplicação distinta das demais prerrogativas e direitos que a Constituição Federal estabelece. Esta peculiaridade será abordada ainda nesta seção, mais adiante.³⁴⁹

3.6.3 Princípio da Reserva do Possível

A Reserva do Possível teve origem na doutrina alemã, no final do século XX, e consistia em afirmar que “os direitos sociais a prestações materiais dependem da efetiva disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado³⁵⁰ o que encaminha a problemática para o campo orçamentário e, por conseqüência, ao vasto terreno tributário. Este princípio também impõe a limitação da atuação do juiz impedindo-o de “desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto”.³⁵¹ Por outro lado, este princípio encontra sua incidência delimitada pelo princípio da máxima efetividade que, segundo lições de José Joaquim Gomes Canotilho, “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”.³⁵² Encontramos, portanto, dois princípios que estarão colidindo com o princípio da reserva do possível: o princípio da dignidade humana e o princípio da máxima efetividade. Ambos conduzirão à concessão dos serviços de saúde ao maior grau possível, o primeiro pela supremacia da dignidade, como fundamento da própria República; o segundo, por ser finalidade do Estado atender às demandas sociais.

Mariana Filchtiner Figueiredo lembra que a repartição de recursos orçamentários são efetuados segundo escolhas políticas, servindo como limitadores do *quantum* a ser aplicado na área da saúde. Desta forma, não se pode ultrapassar esta delimitação democraticamente colocada. Concordamos com a professora Figueiredo, pois, é imprescindível a participação mais ativa dos cidadãos no processo legislativo que conduz à lei de diretrizes orçamentárias e a aprovação do orçamento anual. A omissão popular provocará escassez de recursos que, aliada ao

³⁴⁹ Ver tópico 3.6.5 denominado “Encontrando o Núcleo Essencial do Direito Fundamental à Saúde”.

³⁵⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.131ss.

³⁵¹ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 98.

³⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra : Coimbra, Portugal 1999. p1224.

mau gerenciamento da estrutura do Sistema Único de Saúde, provocam o caos do setor. Assim, o princípio da legalidade parece-nos extremamente influente na questão que ora nos debruçamos, atuando de dois modos distintos: o primeiro, já revelamos, exigindo uma participação mais ativa da sociedade no processo de elaboração e votação do projeto de Lei Orçamentária e do Plano Plurianual; o segundo, sobre o Poder Legislativo, no momento em que aprova tais projetos e conclui o processo legislativo, com prerrogativas de ajuste na distribuição das verbas trazidas pelo Poder Executivo. Assim, há dois pólos responsáveis pela alegada falta de recursos: a própria sociedade e o Estado.

A sociedade, porém, se encontra protegida pela representação, pois, quando formou o Estado, atribuiu a ele a tutela da coisa pública (*res pública*) cabendo a este tratar dos assuntos que tenha pertinência coletiva, estando essa absolvida, pois a participação no processo legislativo é uma prerrogativa, não um dever. O Estado, contudo, não pode se olvidar de atuar, não pode ser omissor nas suas funções essenciais, como a Legislativa e a Executiva. Tem o poder-dever de gerenciar da melhor maneira possível os recursos que recebe. Analisando a questão da reserva do possível por esta ótica, verificamos que o Estado não pode se utilizar deste princípio para justificar as graves deficiências presentes em nossos dias, na área da saúde. É ele que elabora o projeto de lei do orçamento plurianual e anual (Poder Executivo) transformando-o em lei (Poder Legislativo) podendo, estes dois, em atuação conjunta, corrigir os descompassos que porventura se apresentarem. Quando o Estado lança mão do princípio da reserva do possível para justificar as mortes que ocorrem nas portas dos hospitais por falta de condições de atendimento, é como se dissesse à população que falhou nestes dois momentos de ação: enquanto legislador e enquanto executor.

Defendemos, portanto, que jamais o princípio em tela pode ser utilizado com argumento à precária prestação destes serviços, eis que permanece incidindo o princípio supremo da dignidade humana. Do mesmo modo, o princípio da capacidade contributiva pode levar a invalidação da lei que instituiu determinado tributo, mesmo que, em resultado, afete de forma notável o orçamento público.³⁵³

³⁵³ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 99.

Mas, este princípio também se faz presente toda vez que se atinge um limite, um extremo no atendimento a um direito subjetivo quando o Estado é requerido, por via administrativa ou jurisdicional, a prestar atendimento de serviços de saúde acima de um padrão que estabeleceu, bem como fornecer medicamentos que não estejam previstos nas normas vigentes. Distinta é a circunstância, pois, quando o Estado presta à população a tutela à saúde fornecendo os serviços básicos para o restabelecimento de enfermidades e atua de forma eficiente na prevenção de moléstias, está atuando de forma satisfatória no cumprimento deste direito fundamental. As demandas que extrapolam esta esfera de compromisso podem colocar em risco o atendimento básico, sendo plausível e oportuna a invocação do princípio da reserva do possível. Preferimos, desta forma, adotar um posicionamento que, por um lado, não se extrema em aceitar o princípio da reserva do possível como absoluto, considerando-o norteador para todas as práticas do Poder Público, muito menos em afastá-lo por completo por afrontar a efetivação dos direitos fundamentais.³⁵⁴

3.6.4 Princípio da Garantia do Mínimo Existencial

O Princípio do Social é também denominado como Princípio do Mínimo Existencial, largamente aplicado no direito tributário, consistindo em fazer com que o Estado atue de forma omissiva, ou seja, abstendo-se em exaurir dos contribuintes os recursos de que necessita para sua sobrevivência, e ao mesmo tempo, entregar aos cidadãos, como contraprestação, o equivalente às contribuições tributárias que efetuou. Emblemática decisão foi exarada, neste sentido, pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, demonstrando a aplicação deste princípio, pois

2049972 – MANDADO DE SEGURANÇA – MEDICAMENTO NECESSÁRIO À SAÚDE DO IMPETRANTE – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE IMPETRADA PELA INEXISTÊNCIA DE ATO LESIVO – SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO – ARTIGOS 196 E 198, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRELIMINAR REJEITADA – [...]. **A saúde da população que possibilita o cumprimento do "mínimo" para sua existência ou sobrevivência, através do pagamento de impostos, não se vê refletida no ato do Estado ante a ausência de cumprimento de sua contraprestação.**

³⁵⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.138s.

Determinação de que sejam encaminhados os autos ao Ministério Público Estadual para as providências devidas, nos termos do artigo 40 do Código de Processo Penal, em atenção à afirmação de ocorrência de desídia por parte dos especialistas na elaboração do laudo médico. (TJMS – MS 2005.013769-4/0000-00 – Capital – 3ª S.Cív. – Rel. Des. Luiz Carlos Santini – J. 19.12.2005) JCF.196 JCF.198.1 JCF.198 JCPP.40³⁵⁵

Desta forma, verificamos que o princípio do mínimo existencial deve garantir que os cidadãos recebam, como retribuição pelo pagamento de impostos, o mínimo para sua sobrevivência, sempre considerados de forma coletiva, ou seja, considerando-se a sociedade como contribuinte e como beneficiária.

3.6.5 Encontrando o Núcleo Essencial do Direito à Saúde

Neste ponto de nossas pesquisas, já analisamos a importância e fundamentos dos sistemas orçamentários e os princípios norteadores de sua elaboração; analisamos as estruturas jurídicas de saúde no ordenamento de Portugal e do Brasil; consideramos a importância de localizarmos o Estado brasileiro nos sistemas de governo e de políticas econômicas. Todos estes fundamentos são imprescindíveis para alcançarmos, mediante balizadoras teorias, a necessidade de delimitação objetiva do direito à saúde.

Um elemento que reputamos imprescindível para a localização do núcleo essencial do direito fundamental à saúde é a dignidade da pessoa. Como nos dispusemos a realizar um estudo considerando dois ambientes normativos – Brasil e Portugal – é salutar trazer à tona qual o entendimento, também neste importante aspecto da pesquisa. José Carlos Vieira de Andrade admite que “os direitos fundamentais dependem, na sua realização histórica, de factores económicos, sociais, políticos e até biológicos ou geofísicos[...] mas encontra um parâmetro inarredável, a saber: o princípio da dignidade do homem.”³⁵⁶

³⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Mandado de Segurança nº. 2005.013769-4/0000-00. Relator: Luiz Carlos Santini. 19 dez. 2005. **IOB Júris Síntese**, Porto Alegre, Mar-Abr 2007, 1 CDROM. [grifos acrescentados]

³⁵⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p.112.

Vejamos como podemos encontrar um núcleo essencial no sistema normativo brasileiro. O modelo de Estado Social adotado no Brasil, com evidentes responsabilidades atribuídas pelo Poder Constituinte impedem que a Administração Pública venha se abster no seu dever de oferecer aos cidadãos uma eficiente estrutura de atendimento à saúde pública. Por outro lado, a inexistência de limites, mínimos e máximos, pode conduzir a Administração Pública como o Poder Judiciário a práticas e decisões conflitantes.

Como exemplo de conseqüência de limite mínimo, vemos na prática, nos procedimentos diários do Poder Executivo, a inércia, como aponta recente julgamento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 3ª Turma, exortando que

100712776 – APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DENGUE – LEGITIMIDADE DO MPF ANTE O DIREITO À SAÚDE (ART. 129, III, CF) – RESPONSABILIDADE ESTATAL CARACTERIZADA PELA FAUTE DE SERVICE – IMPROVIMENTO – I – [...]. **III - A ausência de ação administrativa eficiente no combate à dengue, a resultar na vertiginosa proliferação da doença, situação previsível ante a notória notícia do retorno daquela ao território nacional há onze anos antes dos fatos que originaram a demanda, caracteriza o mau funcionamento do serviço público de saúde, cuja prestação é atributo dos demandados (art. 198, §§ 1º e 2º, CF), implicando na responsabilidade do poder público na forma do art. 37, § 6º, da Lei Máxima.** IV - Apelações e Remessa oficial improvidas. (TRF 5ª R. – AC 198873 – (99.05.65721-5) – RN – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano – DJU 18.12.2003 – p. 384) JCF.129 JCF.129.III JCF.198 JCF.198.1 JCF.198.2³⁵⁷

Na Ação Civil Pública, apontara-se a omissão da Administração Pública em prover eficaz combate a moléstia expondo os administrados à epidemia. Pela decisão acima, apreendemos que, em consonância com o art. 196 e 198 da Constituição Federal, o limite inferior, o núcleo essencial, reside nas necessidades básicas de saneamento e prevenção à saúde no âmbito coletivo. Corrige o Poder Judiciário, desta forma, o proceder do Poder Executivo, determinando que este tome as providências necessárias para prestar o devido serviço fundamental à população. Todavia, se o direito à saúde é subjetivo, pertinente verificarmos se ele poderá ser invocado sem limites ao Estado, ou seja, se é absoluto, ou encontra uma delimitação

³⁵⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação em Ação Civil Pública nº. 99.0565721-5. Relator: Geraldo Apoliano. 18 dez. 2003. **IOB Júris Síntese**. Porto Alegre, Mar-Abr 2007, 1 CDROM. [Grifo nosso].

objetiva. Sendo verdadeira a segunda opção, quais seriam os critérios?

Em uma situação hipotética de atendimento à saúde, poderíamos admitir a seguinte circunstância final: um paciente de poucos recursos financeiros é tomado por uma enfermidade cujo tratamento é de alto custo. Considerando o Estado Social em que se estabeleceu o Brasil, como vimos acima, a Administração Pública é demandada administrativamente a custear os medicamentos que perfaz elevada cifra. É esta uma decisão vinculada ou discricionária? Se for vinculada, qual o parâmetro legal? Se for discricionária, a conveniência e oportunidade são fundamentadas em que bases?

O problema é real, em mais uma das demonstrações de estar adequada a assertiva de Eduardo Novoa Monreal em que “cada vez se faz mais perceptível o descompasso que existe entre o Direito e as realidades sociais que hoje o mundo experimenta”.³⁵⁸ De um lado vemos a expressão dos direitos fundamentais acostados em todo o ordenamento jurídico, de outro lado, o clamor por sua aplicação; os direitos, visivelmente, estando cada vez mais apartados da maioria do alcance dos cidadãos menos abastados, financeiramente mais carentes. Prosseguindo, o autor, expressa sua inquietude e desconforto ao perceber “que o Direito perdeu a vitalidade que lhe devia ser característica, e começa a entremostrarse como um peso morto em face do desenvolvimento e mudanças das estruturas sociais”.

A Administração Pública, diante da problemática abstêm-se de agir; na escolha entre aplicar altas somas de recursos em pacientes específicos e nada fazer, prefere esta, mesmo implicando risco de vida ao paciente. O Poder Judiciário, por outro lado, avança em sentido oposto, em posicionamento pacificado na jurisprudência brasileira, a exemplo do que decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, determinando que

132132325 – COMINATÓRIA – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA – NÃO OCORRÊNCIA – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – NÃO CONFIGURAÇÃO – FORNECIMENTO GRATUITO DE

³⁵⁸ MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p 9.

MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – Dever do estado e direito do cidadão previstos na carta política e na Lei orgânica do distrito federal. Jurisprudência sedimentada do C. STJ e deste E. Tjdf.1. O acesso à rede médico-hospitalar é um direito de todos e a distribuição de remédios à população carente está entre os deveres do estado, o qual institui tributos para o custeio destas atividades e almeja o bem-estar da população como um de seus princípios básicos. 2. ". II. [...]. Constituindo a saúde direito de todos e dever do estado, não pode o distrito federal eximir-se de fornecer medicamento à paciente submetido a tratamento pela rede pública, sob pena de violação ao citado direito fundamental". (apelação cível e remessa de ofício 2002.01.1.052740-5; 2ª turma cível; relator: carmelita brasil; dju: 19/05/2004 pág.: 26). " 4. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. (TJDF – APC 20050110308113 – (253394) – Rel. Des. João Egmont Leôncio Lopes – DJU 26.09.2006 – p. 117) JCF.196 JCF.198 JCF.198.1 JCPC.70³⁵⁹

Os direitos fundamentais são invocados para fundamentar o *decisum* determinando o fornecimento de medicamento, não podendo abster-se a Administração Pública de tal ato sob argumento de limitação orçamentária ou por ser o medicamento de elevado custo. O pêndulo dicotômico há que ser eliminado, encontrando o necessário equilíbrio entre o proceder do Poder Executivo e o entendimento do Poder Judiciário, sob pena de, em cada inércia daquele, recorrer-se a este e, ainda mais, inundar com demandas jurisdicionais os já tão exauridos Tribunais; tal fato, com certeza, causaria ainda mais prejuízos à população, pois provocaria (mais adequado vertermos o verbo no tempo presente: provoca) ainda mais atrasos nos julgamentos.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que os medicamentos, quando impliquem **riscos de vida ao paciente**, devem sempre ser fornecidos pelo Estado. O Ministro João Otávio de Noronha, em voto prolatado no Recurso Especial N. 915.305, justificou seu posicionamento resgatando o direito à vida como valor supremo, enunciando que

O direito à percepção do tratamento médico decorre, primeiramente, do direito à vida, garantido no caput do art. 5º. da Constituição Federal, direito indisponível que cabe ao Estado velar. A esse direito corresponde o da saúde, assegurado no art. 6º. da Constituição. Também estabelece o art. 196 da Constituição que "saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante **políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de [vida]** e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para

³⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação em Ação Cível nº. 20050110308113. Relator: João Egmont Leôncio Lopes. 26 set. 2006. **IOB Júris Síntese**. Porto Alegre, Mar-Abr 2007, 1 CDROM. [Grifo nosso].

sua promoção, proteção e recuperação”. À saúde, é dado, ainda, *status* de assunto de relevância pública no art. 197.³⁶⁰

Neste Recurso Especial o STJ está analisando o cabimento de bloqueio de valores em contas públicas para custeio de medicamento a paciente, exigindo-nos expor algumas considerações prévias, que permearão a análise do andamento deste recurso.

1º. Os Tribunais têm prolatado decisões, tanto interlocutórias quanto definitivas/terminativas, de que o Estado deve arcar com custos de fornecimento de medicamentos, pacificando este posicionamento, sem estabelecer, ademais, qualquer limite máximo de dispêndio.

2º. O Tribunal *a quo*, em sede de Agravo, afastou o procedimento de bloqueio de valor da conta da receita do Estado do Rio Grande do Sul da para custeio de remédio sob a fundamentação de que o ato comprometeria os fundos orçamentários da Unidade da Federação, decisão esta que o STJ está apreciando no RESp. em análise.

3º. Se de um lado há a previsão legal, ou seja, infraconstitucional, de providência processual para tornar efetiva decisão judicial, residente no § 5º. do Código Processual Civil, de outro lado há a vedação de pagamentos das Fazendas Federal, Estadual ou Municipal de modo direto, devendo ser efetuados mediante precatórios que obedecerão a uma ordem cronológica de pagamentos (art. 100 da CRFB/1988), devendo ser inseridos nos orçamentos dos exercícios seguintes ao que for expedido.

4º. A exigência de pagamentos em ordem cronológica dos precatórios é restringida por uma única situação: os créditos de natureza alimentícia, com posicionamento sumulado pelo STJ, do qual se extrai importante critério normativo: a primazia do direito à vida, preponderando sobre os demais princípios.³⁶¹ Contudo, não se está

³⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 915.305-RS. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 24 abr. 2007. **IOB Júris Síntese**. Porto Alegre, Mar-Abr 2007, 1 CDROM. [Grifo nosso].

³⁶¹ Súmula 144 – “Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios de ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.” (Repositório autorizado Júris

dispensando o instrumento do precatório, o que se dispensa é a ordem cronológica, segundo conteúdo da Súmula 655 do STJ ao estabelecer que

A exceção prevista no art. 100, caput, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, **não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica** dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza.³⁶²

Discute-se, neste diapasão, se a norma prevista no art. 461, § 5º. do CPC autorizaria o seqüestro de contas da Fazenda Pública para pagamento de medicamento a paciente. Dispõe o art. em questão que

Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, **poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas**, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, DOU 08.05.2002, em vigor 3 (três) meses após a data de publicação)³⁶³

5º. A rigor, encontra-se vedado, em nosso ordenamento jurídico, o seqüestro de valores das fazendas públicas, em atendimento a diversos princípios, entre eles, os orçamentários, como: do equilíbrio, da anualidade, da unidade e da legalidade, abordados neste capítulo.

6º. O custeio de medicamentos e terapias não pode afastar o princípio da igualdade, previsto como fundamento da Constituição Federal vigente, o que vincula quaisquer medidas administrativas e decisões jurisdicionais; ademais, este princípio alcança seu ápice quando verificamos que os recursos destinados à saúde têm se mostrado escassos frente à grande e crescente demanda da população. Portanto, analisar o alcance de medidas que visem atendimento pleno de medicamentos e tratamentos aos cidadãos é tarefa extremamente complexa e lida com valores e princípios elevados, não podendo estes ser arbitrariamente suprimidos. Sob um Estado Democrático de Direito estabeleceram-se princípios e fundamentos firmemente consolidados na Constituição Federal, em seu art. 3º. que enumera

Síntese IOB, mar-abr/2007, 1CD-ROM).

³⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IOB Júris Síntese**. Porto Alegre, Mar-Abr 2007, 1 CDROM. [Grifos acrescidos].

³⁶³ BRASIL. Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Mar/Abr 2007. 1 CDROM. [grifo nosso].

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.³⁶⁴

Extraído do art. 3º. a base para análise do alcance do art. 6º e 196 também da CRFB/1988, verificamos que o atendimento à saúde deve ser efetuado de forma solidária (inciso 'I' do art. 3º.). Reside aqui a fundamentação jurídica para que, mediante orçamento público, ao administrar a arrecadação dos tributos, o Estado destine verba suficiente para oferecer universalmente uma estrutura de saúde à população, compreendendo, no mínimo:

- a) médicos para diagnóstico de doenças;
- b) profissionais para educação básica visando a prevenção de doenças;
- c) estrutura clínica e hospitalar para exames quer para a prevenção quanto para o restabelecimento da saúde;
- d) custeio de medicamentos segundo receitas médicas;
- e) ações diretas e indiretas para prevenção de doenças, segundo preceitos da OMS, compreendendo-se nas ações indiretas, educação fundamental e gerenciamento econômico para a melhoria dos padrões de vida.

Outro fundamento estipulado no art. 3º. da CRFB/1988, acima mencionado, é a redução das desigualdades (inciso 'I'), que, a um só momento, atende o princípio da isonomia ou igualdade e o fundamento da justiça. Mencionando em um único inciso os fundamentos da justiça e solidariedade, verificamos que as ações para a erradicação das desigualdades, conforme determinado no inciso III, não poderá ser a igualdade formal, mas sim a material. O art. 196, ainda da Magna Carta, se utiliza do parâmetro "igualdade" ao atribuir ao Estado o dever e ao cidadão o direito à

³⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

saúde.

A igualdade formal consiste em tratar todos de igual maneira, ao passo que a igualdade material compensará as diferenças de situação de um indivíduo para outro. Deste modo, não se pode esperar que o Estado trate da mesma forma a pessoa que possui recursos suficientes para arcar com seus cuidados com a saúde e aquele que não possui nem sequer condições econômicas para adquirir o alimento básico. Desta forma, o Estado infringe frontalmente o princípio da igualdade e da justiça.

Oportuno, neste momento, voltarmos olhares à Ementa do Recurso Extraordinário – RE 271.286-8-RS, que enuncia “**PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO [...]**”.³⁶⁵ Destacamos que um dos elementos considerados foi o fato da pessoa atendida não possuía recursos financeiros para arcar com os custos dos medicamentos. Nesta mesma linha, em outro Recurso Extraordinário, de número 255.627-1, também do Rio Grande do Sul, ao analisar Lei Estadual que se vinculou “a um programa de **distribuição de medicamentos a pessoas carentes**, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados”³⁶⁶. Na Ementa deste RE, oportuno ressaltar, consta: “Saúde. Medicamentos. Fornecimento. Hipossuficiência do paciente. Obrigação do Estado. Regimental não provido.”

Ambos os Recursos Extraordinários, a exemplo de muitos outros, além de admitirem o custeio de medicamentos, por quaisquer das esferas do Poder Executivo, admitem que a hipossuficiência financeira é um critério aceitável para concessão do benefício. Permitimo-nos, desta forma, extrair um dos elementos para estabelecer um critério objetivo na concessão de recursos financeiros do Estado para a aquisição de medicamentos ou tratamento aos que vem se socorrer nos sistemas

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 271.286-8-RS. Relator: Ministro Celso de Mello. 12 set. 2000. **IOB Júris Síntese**. Porto Alegre, Mar-Abr 2007, 1 CDROM. [Grifo nosso].

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 255.627-1-RS. Relator: Ministro Nelson Jobim. 21 nov. 2000. **IOB Júris Síntese**. Porto Alegre, Mar-Abr 2007, 1 CDROM. [Grifo nosso].

públicos de saúde.

O Poder Legislativo também posiciona-se desta forma. Tomemos como exemplo a Lei Estadual do Rio Grande do Sul, número 9.908/1993, atacada no RE em comento pelo município de Porto Alegre, que, ao criar um programa de distribuição de medicamentos aos carentes, estabelece a falta de recursos financeiros como parâmetro seletivo de pessoas que podem ser atendidas.

Nossa busca por critérios limitadores de gastos *per capita*, todavia, deve persistir, pois, poderá prejudicar tanto o princípio da igualdade material, como já alertamos acima, como também o próprio alcance dos objetivos dos arts. 3º. e seus incisos e do art. 196, todos da Suprema Carga. Explicamos.

Se levarmos ao extremo o custeio de medicamentos a todas as pessoas, numa prática de igualdade formal, aceleradamente exaurir-se-ão os recursos do Estado. Deste momento em diante, com escassez de verbas, até mesmo o atendimento básico, fundamental – como, por exemplo, vacinas e remédios simples que antes, eram disponibilizados aos mais carentes - ficarão indisponíveis. Os de classe econômica mais privilegiada continuarão tendo acesso aos medicamentos, todavia, sob suas expensas, mas os carentes passarão a ser extremamente prejudicados, sob risco de vida, porque agora já não terão mais acesso nem ao básico, o mínimo que o Estado deve prover.

Mesmo que não se atinja tal extremo, o custeio de medicamentos e terapia àqueles que possuem condições de tratamento, mas se socorrem aos sistemas públicos para economizar recursos estarão reduzindo a oferta destes aos menos favorecidos. Note-se que estes últimos são em maioria, em nosso país. Encontrar um critério para delimitar objetivamente os gastos com saúde é buscar preservar recursos para os que realmente dele dependem.

No Código Civil podemos buscar, nos provimentos de alimentação, instituída no art.1694, o critério que mede e estabelece a necessidade do alimentando com a possibilidade do alimentante. A circunstância análoga é apropriada por tratar-se, tal como a saúde, de uma questão de sobrevivência, de preservação da vida. Reza o

citado dispositivo que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”³⁶⁷.

A pergunta que se lança, neste tema é: até quanto deverá o destinatário da norma prover ao alimentando? O § 1º estabelece os critérios, pois reza “§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”³⁶⁸ Deste modo, vemos que, objetivamente, o limite de valor será estabelecido na equação entre a necessidade do alimentando e a capacidade daquele que deverá provê-los.

Semelhante critério poderá ser aplicado ao setor de saúde. De imediato derivamos que somente aos hipossuficientes se garantirá o suprimento de medicamentos. O limite superior será, então, a capacidade financeira conforme orçamento aprovado pela sociedade por meio dos trâmites do processo legislativo. Esta formulação corrobora a necessidade de acompanhamento da sociedade na apropriação das verbas orçamentárias.

Mas, após efetuadas as análises acima, outra questão importante deve ser enfrentada: o direito à saúde figura entre os direitos sociais, inseridos no capítulo II denominado “Dos Direitos Sociais” e reza no art. 6º. expressamente que “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”.³⁶⁹

Como deve o Estado efetivar estes direitos sociais? Importante distinção entre estes direitos e os demais, estabelecidos ou não pela Carta Magna, deve ser efetuada. Partimos das lições trazidas por Ricardo Seibel de Freitas Lima que prescreve, sobre os direitos sociais que

Na contextualização constitucional empreendida, o direito à saúde foi caracterizado como direito fundamental social, inserido em uma ordem social constitucional que tem por finalidade direta a promoção do bem-estar e da justiça social, como preceitua o próprio art. 193 da Constituição. A **justiça social, por sua vez, visa diretamente ao**

³⁶⁷ BRASIL. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Mar/Abr 2007. 1 CDROM.

³⁶⁸ Ibidem.

³⁶⁹ Ibidem.

bem comum, e apenas indiretamente ao bem deste ou daquele particular, consistindo em ações devidas à comunidade como um todo, cujo benefício a cada membro da comunidade é apenas indireto.

Assim sendo, **não se pode conceber o direito à saúde como um poder ilimitado a ser exercido individualmente contra o Estado e à margem da comunidade**. Em uma República comprometida em construir uma sociedade justa, livre e solidária - art. 3º, I, da Constituição Federal - os direitos fundamentais não podem se reduzir a pretensões egoístas e necessariamente devem ser integrados ou, pelo menos, confrontados com as tarefas comunitárias.³⁷⁰

Retiremos os excertos, enumerando-os para melhor análise, eis que reputamos de elevada importância. Os direitos sociais, então: a) visam diretamente ao bem comum; b) os interesses individualizados são tutelados de forma indireta; c) as ações efetivadoras dos direitos sociais são aferidas de forma metaindividual. Em consequência, não podemos esperar que o Estado venha atender, de forma ilimitada, interesses individualizados, além dos critérios e parâmetros previstos em dispositivos normativos que passaram pelo devido processo legislativo; tais atos implicarão afronta ao texto constitucional, especificamente transgressão ao art. 196, pois elege como critério de aplicação destes direitos sociais, o princípio do “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.³⁷¹

O Poder Legislativo, entendendo a implicação do caráter social do direito fundamental à saúde, estabeleceu legislação ordinária específica para estabelecer critérios de sua efetivação, devidamente arroladas em tópico anterior³⁷². Tal elenco normativo não é *numerus clausus* mas antes, busca demonstrar os contornos que o dispositivo da Suprema Carta promoveu em nosso vigente sistema positivo, sempre com enfoque no tema da saúde pública.

Encaminha-nos, também, a um raciocínio: sendo este um direito social, não podendo ser oponível ao Estado de forma individualizada e ilimitada, portanto, mas sempre em âmbito metaindividual, justifica a existência, por exemplo, de lista de

³⁷⁰ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à Saúde e Critérios de Aplicação**. Júris Síntese. Porto Alegre: Síntese, 2005 nº 53. 1 CD-ROM. [Grifo nosso].

³⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

³⁷² Vide “3.5.1.2 Preceitos infraconstitucionais” do título “3.5 Normas do Direito Positivo”

medicamentos que devem ser fornecidos pelo SUS. De outra forma, se fosse um direito oponível individualmente e sem limites, bastaria seu simples requerimento a instituição específica do Poder Executivo e deveria ser prontamente atendido.

Neste aspecto, vale repetir por mostrar-se absolutamente pertinente o alerta efetuado por Ricardo Seibel de Freitas Lima, quando exorta que

em uma República comprometida em construir uma sociedade justa, livre e solidária - art. 3º, I, da Constituição Federal - os direitos fundamentais não podem se reduzir a pretensões egoístas e necessariamente devem ser integrados ou, pelo menos, confrontados com as tarefas comunitárias.³⁷³

A advertência é pertinente pois se não houver limites *per capita* para oferecimento de terapias ou medicamentos à população, corre-se o risco de atender pequena parcela de pessoas com remédios extremamente caros e deixar de atender uma massa da população carente com vacinas e tratamentos básicos, essenciais, deixando inefetivo o próprio art. 196 da Carta Legislativa Suprema.

Por fim, parece-nos impossível sanar esta questão sem invocar, a exemplo do direito português, a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado no início deste sub-tópico. Tanto naquele sistema normativo quanto no nosso, devidamente positivados na Suprema Norma, a dignidade constitui um dos fundamentos do Estado. Toda vez que há uma circunstância que põe em risco este direito supremo, esta tem que ser afastada com ação positiva do Estado. Assim encontramos um piso, um núcleo essencial que exige a ação do Estado impedindo que os cidadãos percam a dignidade. Mas este entendimento também pode incidir na regra objetiva dos limites superiores de ação do Estado, tratado parágrafos acima, e atua de forma conjunta com o critério objetivo: se há real necessidade de prestação ativa do Estado ao paciente porque este não possui recursos suficientes para custear sua terapia, deve receber do tutor maior – o Estado – tal atenção.

³⁷³ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à Saúde e Critérios de Aplicação**. Júris Síntese. Porto Alegre: Síntese, 2005 nº 53. 1 CD-ROM. [Grifo nosso].

3.7 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS DE SAÚDE

Presenciando diariamente as omissões do Estado na efetivação do direito fundamental à saúde recorre o cidadão ao Poder Judiciário para buscar a tutela de seus direitos constitucionais, cabendo-nos indagar acerca da legitimidade da efetivação deste direito por vias jurisdicionais. Se afirmativa a resposta, qual seu limite, se houver algum? Ana Paula de Barcelos, ao tratar da Eficácia Jurídica dos Princípios, afirma que

O natural seria que se pudesse exigir diante do Poder Judiciário exatamente aquele efeito que a norma pretende produzir e que, por qualquer razão, não veio a acontecer espontaneamente. Bastaria, assim, identificar o efeito pretendido pela norma e solicitar ao Judiciário que o produzisse no mundo dos fatos, coativamente.³⁷⁴

Aferimos, portanto, que a autora defende a efetivação por vias jurisdicionais visando assegurar o acesso daqueles que se encontram, momentânea ou continuamente, excluídos de tratamento ou fornecimento de medicamentos, mas reconhece a existência de entraves para que estes fatos se tornem, como ela se referiu, naturais.

O aspecto nevrálgico da efetividade do direito à saúde, neste cenário, reside na disponibilização do atendimento às classes mais carentes da sociedade, como expressado por Ricardo Seibel de Freitas Lima:

O questionamento é relevante especialmente em razão das reiteradas decisões judiciais que, baseadas em entendimento do direito à saúde como um poder individual a ser exercido à margem da coletividade, obrigam os entes públicos a financiar, das mais variadas formas, ações e serviços sem qualquer viabilidade de universalização.³⁷⁵

Para responder a questão decorrente da atuação jurisdicional, ou seja, sobre os limites do Poder Judiciário para corrigir omissões do Poder Legislativo ou Executivo, será necessário considerar a importância do estabelecimento e manutenção de um Estado Democrático de Direito e a ação positiva de um Poder do Estado em outro, o

³⁷⁴ BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.59.

³⁷⁵ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à Saúde e Critérios de Aplicação**. Júris Síntese. Porto Alegre: Síntese, 2005 nº 53. 1 CD-ROM.

que muito bem faz Clemerson Merlin Clève ao abordar a separação dos poderes no Estado liberal e no Estado social até chegar à separação dos poderes em contexto hodierno. Lembra-nos ele que “Montesquieu criou para para sua época um sistema de equilíbrio do poder (...) A missão atual dos juristas é a de adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo”.³⁷⁶ Fabiana Marion Spengler defende que “as funções sociais dentro do esquema da rígida tripartição de poderes não corresponde mais às necessidades das sociedades hodiernas devido a sua alta complexidade que permite o afloramento das mais diversas necessidades”.³⁷⁷ Douglas Cesar Lucas nos lembra que a tripartição do poder estatal surgiu com o Estado liberal cuja atividade jurisdicional era exercida exclusivamente para dirimir conflitos individuais, assim “a Jurisdição agia apenas para reconstituir uma situação normativa originária, recolocando as coisas em seu devido lugar”. Num tempo de enorme desassossego social, “O Poder judiciário moldado pelo Estado moderno estabelece um conjunto de procedimentos decisórios de base racional-formal que negam a política e os conteúdos valorativos das demandas sociais”.³⁷⁸

A Constituição é o instrumento supremo no direito positivo, cujo poder originou do povo para estabelecer as normas fundamentais do ordenamento de sua nação, segundo ensina-nos José Joaquim Gomes Canotilho estabelecendo direitos e deveres a todos sob sua guarda das quais desejamos destacar ordens (atribuições) dirigidas ao Estado, cujo poder encontra-se tripartido – divisão de atribuições e freio do poder - para elaborar e promulgar leis infraconstitucionais visando a efetivação de direitos estabelecidos.³⁷⁹

Quando algum membro do Poder do Estado mantém-se inerte, diz-se que pratica uma omissão em face da Constituição. José Joaquim Gomes Canotilho aponta que,

³⁷⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p.325.

³⁷⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. Crise Funcional: Morte ou Transformação do Estado? In: MORAIS, José Luis Bolzan. (Org.). **O Estado e Suas Crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p.133.

³⁷⁸ LUCAS, Doglas Cesar. A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan. (Org.). **O Estado e Suas Crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p177-178.

³⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra : Coimbra, Portugal 1999. p65ss.

ao considerar a lógica deôntica (constituída pelos modais: proibido, exigido, permitido), a Constituição, ao estabelecer uma exigência, proibiu a omissão o que fundamenta a inconstitucionalidade por omissão. Mister lembrar que na constituição dirigente, defendida por J. J. Gomes Canotilho, os enunciados implicam a relação de imposição legislativa ao órgão pertinente, ou seja, ao Poder Legislativo.³⁸⁰ De fato, o direito positivado reside no sistema proposicional nomoempírico prescritivo, não havendo que se cogitar remeter qualquer norma infraconstitucional para o sistema proposicional nomoempírico descritivo; apenas enunciados da doutrina podem neste residir. Por corolário, se até mesmo estas normas encerram enunciados prescritivos, quanto mais as normas constitucionais são prescritivas, isto é, cogentes.

A análise semiótica³⁸¹, nos conduz à mesma conclusão. Explica-nos Canotilho que a ordem de fazer é um injuntivo de prescrição, emanada da Constituição em linguagem prescritiva; seu oposto, contudo, não é não fazer (disjunção) mas sim, retirar a liberdade, ou facultatividade de não fazer, que é uma não prescrição, isto é, exaure a facultatividade de não fazer.³⁸²

A Carta Magna é instrumento balizador de todo o ordenamento jurídico, estabelecendo normas cuja efetividade independe de outras normas ou que enseja a elaboração de legislação infraconstitucional. É para este segundo caso de efetividade que se concentra o tópico, pois, mesmo sob dever constitucional para normatização visando conceder efetividade ao preceito constitucional, permanece inerte o Poder Legislativo ao deixar de estabelecer regras nítidas e objetivas para os limites do dever do Estado ao oferecer assistência à saúde pública, remetendo a decisão para o Poder Judiciário, que, sem baliza no ordenamento jurídico, tem acenado para um alargamento ilimitado da tutela do Estado.

³⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p443s.

³⁸¹ Constituído, segundo Canotilho (Constituição Dirigente, p.444) pelos injuntivos: dever fazer (prescrição); dever não fazer (interdição) e facultativos: permitido (permissividade - não interdição); livre (facultatividade - não prescrição).

³⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.444.

Zeno Veloso, alerta que “para que não se transformasse num patético ‘catálogo de intenções’, deixando de ter aplicabilidade por causa da inércia ou da resistência do legislador e das autoridades incumbidas de editar leis ou atos reguladores de normas constitucionais que careçam destas providências, a Carta Magna tem alguns preceitos e instituiu um mecanismo de defesa com vistas a garantir a obediência a seus comandos, objetivando conferir efetividade aos seus propósitos e dar concretude a seus princípios”.³⁸³ Há que se perquirir, portanto, estes mecanismos abrangendo seu alcance, limites e legitimações, sempre visando conceder aos preceitos Constitucionais máxima efetividade. É sob este prisma que estudar-se-á, por exemplo, o Mandado de Injunção, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão ou ainda, mesmo que para casos raros de cabimento, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental³⁸⁴.

Objeto de análise deverá ser a avaliação da jurisdição erigindo o juiz a um legislador. Neste assunto, manifesta-se Sergio Fernando Moro alertando que esta visão não pode prevalecer ante omissão que resultará em violação da Constituição, lembrando que o Judiciário “no exercício do controle de constitucionalidade, sempre interfere na atividade legislativa, seja quando falta a lei, seja quando invalida lei inconstitucional [...]”.³⁸⁵ Afirma Luís Roberto Barroso, ao defender a máxima efetividade, que “ao Judiciário cabe sempre fazer prevalecer a Constituição, quer suprimindo os atos normativos com ela incompatíveis, quer suprimindo as omissões legislativas que embaraçam sua efetivação”.³⁸⁶ Condena de forma veemente Zeno Veloso para as omissões do Poder Executivo em atender aos preceitos constitucionais e infra-constitucionais deixando os administrados à deriva das circunstâncias, defendendo que

descumpre-se a Constituição não apenas por ação, violando-se, diretamente, os seus comandos, mas, igualmente, por uma atitude negativa dos que são incumbidos constitucionalmente para atuar e agir, com o propósito de tornar efetivos alguns preceitos da Carta

³⁸³ VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.247.

³⁸⁴ OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Comentários à Lei 9.882 de 03/12/1999. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p.77ss.

³⁸⁵ MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad. 2001, p.124.

³⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.170.

Magna".³⁸⁷

Ao Poder Executivo foi atribuída a tarefa de efetivar as atividades do Estado, tornando os programas e metas estabelecidas em lei, realidade. Quando lemos no art. 196 da Constituição Federal que a saúde é dever do Estado, assumimos que o Poder Executivo estabelecerá uma estrutura capaz de atender ao preceito constitucional, pois o mesmo estipula que este direito será garantido mediante políticas sociais e econômicas.

A questão surge, contudo, quando este se mantém inerte ou faz menos do que deveria fazer, deixando parcela da sociedade sem atendimento ou com atendimento deficiente. Este fato já é consensual, segundo apontam Janaína Lima da Silva e Mariana Siqueira de Carvalho Oliveira, asseverando que o socorro é prestado pelo Poder Judiciário, trazendo a questão: estaria ele legitimado como novo executor das políticas públicas de saúde?³⁸⁸ Atesta-se que na prática é o Judiciário que está realizando, por via difusa, as garantias fundamentais que o Poder Constituinte originário concedeu a todos os cidadãos. Ocorre que não é um proceder correto. O Poder Judiciário está determinando à Administração Pública que as omissões sejam corrigidas, implementadas, atendidas. De forma alguma, portanto, o Judiciário será o exeqüente, mas antes, determinará ao que se manteve inerte, venha a agir. É o que verificamos, em decisão do Superior Tribunal de Justiça, interpretando que a competência para a prestação dos serviços à saúde é solidária, entre todos os entes da União.³⁸⁹ Neste caso, o Poder Judiciário não agiu como exeqüente, mas pronunciou-se sobre quem, à luz da Constituição Federal, ocupa esta posição. No próximo caso, como enunciamos acima, a Administração Pública demandada administrativamente, manteve-se omissa. Novamente o Poder Judiciário por seu Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, atuando dentro de sua competência, determinou ao Executivo cumprir com seu ofício, determinando-o à entrega de medicamentos, não lhe cabendo ficar inerte ante a ordem jurisdicional.³⁹⁰

³⁸⁷ VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.247.

³⁸⁸ SILVA, Janaína Lima da; OLIVEIRA, Mariana Siqueira Carvalho. **Quem deve executar políticas públicas de saúde?** Constituição & Democracia. UnB, Brasília, maio 2007, p 10.

³⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Especial nº. 200501344917. Relator: Francisco Falcão. 19 dez. 2005. **IOB Júris Síntese**, Porto Alegre, Mar-Abr 2007, 1 CDROM. [grifos acrescidos]

³⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Mandado de Segurança nº. 2005.013769-4/0000-00. Relator: Luiz Carlos Santini. 19 dez. 2005. **IOB Júris Síntese**, Porto Alegre, Mar-Abr

Verificamos, assim, que o Estado, por meio do Poder Executivo, deixou de atender paciente que necessitava de medicamento. Novamente, não foi o Judiciário que executou, mas determinou que o Poder Executivo o fizesse.

Outro aspecto desta problemática é a de que o Poder Judiciário somente atuará nas demandas em que for invocado, pela aplicação da inércia processual. A jurisdição deve ser provocada pela parte que se sentir prejudicada e legitimada. Defendemos uma atuação constante e dinâmica do Ministério Público, devendo expandir as demandas individuais, num modelo atualizado de efeito da coisa julgada, passando a alcançar toda a classe que se encontra em uma mesma circunstância, em semelhança ao que ocorre com as “*Class Actions*” norte americanas. Desta forma, a atuação do Poder Judiciário seria otimizada e os desvios por omissão da Administração Pública seriam reduzidos e a sociedade teria maior acesso às políticas públicas de saúde.

3.8 RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DO ATENDIMENTO À SAÚDE PÚBLICA

3.8.1 Relação Jurídica entre Paciente e Estado

Verificamos, ao longo das pesquisas, a necessidade de abordarmos a natureza da relação jurídica entre o médico e o paciente com intuito de apurar existência de vínculo direto do paciente com o Estado. Esta questão originou-se no ordenamento jurídico, especificamente no que tange a Organização dos Tribunais Portugueses, inclusive dos Tribunais Administrativos, regidos pela Lei nº. 13/2002 de 19 de fevereiro de 2002, onde, para verificar a competência dos Tribunais Administrativos e Fiscais, faz-se necessário lançar olhar para a natureza deste vínculo.

Das análises realizadas, não obstante a existência de diferenças de Organização dos Tribunais Administrativos e Fiscais Portugueses, possibilitou-se apurar não só a natureza da relação existente entre o médico e o paciente como também apurar, por

corolário, a amplitude da responsabilidade do Estado na prestação de serviços médicos à população. Isto ocorre porque não seria plausível um Tribunal Administrativo tratar de questão a ele trazida, sob cunho de relação privada, isto é, relação entre médico-paciente, aplicando-se o conteúdo das alíneas ‘h’ e ‘i’ do nº. 1 do artigo 4º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) ao estabelecer suas competências, pois

Art. 4º - Âmbito da Jurisdição

I – Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objeto:

[...]

h) Responsabilidade civil extracontratual dos titulares de órgãos, funcionários, agentes e demais servidores públicos;

i) Responsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados, aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público;³⁹¹

Abstraímos do dispositivo legal acima que, em termos de responsabilidade, os serviços prestados pelo ente privado (alínea ‘i’ do art. 4º. da ETAF) equivalem com os prestados pelos servidores de órgãos públicos. Indo mais adiante, podemos concluir, então, que se encontram justapostas as pessoas jurídicas dos órgãos públicos com a pessoa física do médico (alínea ‘i’ do art. 4º. da ETAF).

Embora a legislação portuguesa, acompanhada pela doutrina, não atribua às instituições privadas o carácter público de serviços, no Brasil, esta questão não deixa dúvidas, pois a Constituição Federal estabelece que a saúde à população é dever do Estado, sendo as ações e serviços constituídos em um único sistema. Ademais, mesmo sendo atribuída à iniciativa privada o direito de exploração destes serviços, sendo dever do Estado, sob sua tutela são efetivados, segundo o que estabelecem os artigos 196 a 199 de nossa vigente Carta Suprema, pois,

Art. 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.

³⁹¹ PORTUGAL. Lei, nº 13/2002, de 19 de fevereiro de 2002. Aprova o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais. In: MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos**: o acesso à justiça administrativa. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p.111ss.

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

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único,

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.³⁹²

Extraímos, dos preceitos normativos acima, duas lições básicas: primeiro que a prestação de serviços de saúde compõe um sistema único, o que inclui aqueles prestados pela iniciativa privada, sendo concedido sob a guarda do Estado; segundo, quando concedidos, sob convênio ou contrato, os serviços prestados pela iniciativa privada compõem este mesmo sistema único, regido por diretrizes deste, recebendo o caráter complementar.

Desta forma, quando o Poder Constituinte Originário avocou para o Estado a exclusividade do dever de prestação de serviços de saúde pública, recebeu juntamente a responsabilidade de policiar a forma como esta fundamental necessidade é oferecida, mesmo quando realizada por meio da iniciativa privada; resta provada a relação entre o paciente e o Estado, em última análise.

Ademais, restou demonstrado que as políticas públicas de saúde não podem se restringir a apenas tratar as moléstias que acometeram alguém, mas, prevenir de todas as maneiras, diretas e indiretas, doenças e assegurar um bom nível de vida.

3.8.2 Reparação de Danos na Prestação de Serviços de Saúde Pública

Exaustivas foram as demonstrações, na presente obra, de que o Estado deve prestar atendimento à população visando resguardar e restabelecer as condições

³⁹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

sadias de saúde pública. O Estado tem se mostrado omissivo na oferta deste direito fundamental, o que será devidamente tratado no tópico seguinte ³⁹³. Infelizmente, porém, além desta omissão, há também os casos em que o Estado presta o serviço, mas o faz com deficiência, devendo por todos os reflexos responder. Oportuno ressaltar, então, que os tribunais portugueses reconhecem os ilícitos civis oriundos de deficiências no campo médico em serviços prestados por estabelecimentos públicos, tal como o acórdão do STA de 13-10-1999, p. 44 975, considerando as omissões

“facto ilícito para efeitos de responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos sempre que a lei ou regras de ordem técnica e de prudência imponham o dever de agir naquele caso concreto. Assim, e uma vez demonstrada a ocorrência do facto ilícito, cumpre ao sujeito público provar que desenvolveu uma ‘actividade diligente’, satisfazendo o dever de boa administração”. ³⁹⁴

Do *decisum* acima, podemos extrair alguns elementos que corroboram com o postulado que apresentamos neste tópico. O primeiro aspecto importante é concernente a atribuição que o Estado recebe, como dever, de prestar o adequado serviço em seus estabelecimentos. Espera-se que desempenhe exemplarmente os serviços de saúde, sendo sempre sua a responsabilidade por quaisquer danos que provoque à população, quer por ações, quer por omissões. O segundo aspecto é que, detectada a ineficiência, isto é, verificada a falha no atendimento do serviço, basta ao usuário a demonstração deste fato; cabe ao Estado provar que agiu diligentemente sob ônus de arcar com todos os desdobramentos que a alegada omissão ou deficiência provocou.

Poderíamos ainda indagar se caberia, como se verificara outrora, a subsunção da relação médico-paciente a uma espécie de contrato público de adesão. Mas esta hipótese também é rejeitada pela doutrina portuguesa, conforme verificamos nos apontamentos efetuados por Ana Raquel Gonçalves Moniz, pois concluiu que “os autores [cujas obras referenciou] já não sustentam a hipótese de responsabilidade contratual entre o médico-funcionário e o doente, mas tão-só entre o estabelecimento público e este último” ³⁹⁵ mas, antes, uma “relação especial de

³⁹³ Ver tópico 3.8 sob o título: “Inefetividade das Políticas Públicas de Saúde no Brasil”.

³⁹⁴ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos**: o acesso à justiça administrativa. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p15s.

³⁹⁵ Ibidem, p16.

Direito Administrativo que abrange os relacionamentos entre utente, unidade de saúde e profissional de saúde (funcionário ou agente da Administração)”³⁹⁶. Conclui a pesquisadora que nasce, neste envolvimento, um conjunto de relacionamentos que originam direitos substantivos, tendo ao centro a Administração Pública, o que afasta a possibilidade de relação contratual.

Impende salientar que não trata a doutrina em análise da responsabilidade objetiva, pois leva em conta a peculiaridade das circunstâncias na medicina, mais especificamente, em terapias hospitalares. Há reações e/ou fatos que podem ocorrer ao paciente cujos riscos deverão ser suportados por ambas as partes (médico e utente). Ademais, Ana Raquel Gonçalves Moniz lembra-nos que está presente a natureza mortal do ser humano.³⁹⁷ Este aspecto impede uma aplicação direta da responsabilidade objetiva, admissível em outras áreas da Administração Pública. Conclui a autora que a distribuição das responsabilidades implica

uma opção relacionada com os sujeitos que hão-de suportar os danos: uma responsabilidade independente de culpa, grande parte dos danos acaba por ficar a cargo da Administração (e, por conseguinte, do *corpus* social) e/ou, em certas hipóteses, do médico-lesante, concluindo-se pela existência de um risco inerente à própria actividade médica; diversamente, na hipótese de uma responsabilidade subjectiva, a Administração e o lesante apenas respondem por danos resultantes de uma conduta deficiente, sendo os demais suportados pelo lesado.³⁹⁸

A distribuição de responsabilidades ganha contornos mais complexos do que a simples aplicação da conclusão da autora, conforme enunciado acima, uma vez que, segundo a legislação vigente em Portugal, devemos proceder uma graduação na ação do profissional: leve, grave e dolosa. Ocorrendo conduta cuja negligência tenha sido leve, leciona Ana Raquel Gonçalves Moniz, este fica isento do dever de reparação; ocorrendo conduta de negligência grave, a administração pública responde pelos danos, cabendo-lhe ação regressiva em face do profissional que assim agiu; por fim, ocorrendo conduta dolosa, pode o utente prejudicado ingressar com ação regressiva em face do profissional, da administração pública ou de ambos,

³⁹⁶ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos: o acesso à justiça administrativa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p17s.

³⁹⁷ Ibidem, p18.

³⁹⁸ Ibidem, p19.

uma vez que se reconhece a responsabilidade solidária.³⁹⁹

3.9 INEFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

Os termos negativos ou omissivos recebem melhor análise se partirmos de sua essência ativa, ou seja, comissiva. Neste sentido faz-se imprescindível analisarmos a definição de efetividade. Barroso⁴⁰⁰ define-a como os “efeitos que uma regra suscita através de seu cumprimento”. Desta forma, espera-se que uma regra constitucional que estabelece o acesso aos sistemas de saúde gere efeitos concretos no meio social, não se admitindo sua eterna estagnação qual norma programática. O professor Ricardo Lobo Torres denuncia que encontramos sob a consequência da “desinterpretação dos mínimos sociais e da necessidade de maximização dos direitos sociais [...]”⁴⁰¹ com implicações diretas inclusive na saúde pública, transformando o Sistema Único de Saúde num instrumento ineficaz. O autor entende que a promessa positivada pelo Constituinte Originário é utópica e cobre a população com promessas inalcançáveis, dividindo sua responsabilidade com as classes sociais que, por possuírem melhor condições financeiras, recorrem aos planos privados de assistência à saúde.

Ademais, presenciamos a implantação de um novo modelo gerencial sob um Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em que, busca-se dar maior agilidade a atuação do Poder Executivo, substituindo o modelo centralizador e implantando um modelo gerencial, flexível e em direção à máxima eficiência. O problema é que nasce repleto de vícios que ferem a Carta Magna, concedendo às Organizações Sociais benefícios inaceitáveis, afrontando os princípios norteadores da administração pública, como se explanará adiante.

³⁹⁹ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos**: o acesso à justiça administrativa. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p57ss.

⁴⁰⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.84.

⁴⁰¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: o orçamento na constituição. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p181.

3.9.1 Reflexos da Corrupção na Execução das Políticas Públicas de Saúde

Uma das maiores e mais graves formas de escassez de recursos financeiros – e, por consequência, humanos – é a corrupção, inserindo-se nela a pressão sofrida pelas organizações criminosas, não raro, operadoras de tráfico de drogas. Neste sentido, já advertia há muito, Antonio Enrique Perez Luño, ao estudar os motivos pelos quais os direitos humanos tinham sua efetividade reduzida ou, pior, completamente desrespeitada, denunciou “a sinistra ameaça que representam as organizações terroristas, para o pacífico desfrute dos direitos fundamentais, em determinadas democráticas”.⁴⁰²

Os dispêndios de numerário para assegurar um mínimo de segurança à população remontam aos primórdios históricos, pois a humanidade sempre se viu às voltas com a opressão os crimes. Apenas para citar um exemplo presente na memória de qualquer pessoa atenta a fatos históricos, podemos nos remeter aos tempos iniciais da colonização dos Estados Unidos da América. Mesmo no início de sua formação, encontramos amplos relatos de poderes corrompidos e uma sociedade que se desviar continuamente dos padrões éticos e morais.

Tomemos como exemplo, o Distrito Federal, que possui verba anual de R\$ 1.282.507.950,34, destinada para o setor de saúde, além do repasse constitucional de R\$ 960.273.760,43⁴⁰³. Esta Unidade da Federação mostra-se adequada para um estudo analítico, pois geograficamente consiste em pequeno território o que, teoricamente facilita o controle. Ademais, considerando-se que é a sede do Governo Federal e da União Federativa, espera-se possuir ampla fiscalização em todos os órgãos. Todavia, estes fatores não impediram que ocorresse amplo desvio do erário público, conforme denúncias recebidas pelo MPC-DF - Ministério Público de Contas do Distrito Federal e que Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira apontou, sendo

⁴⁰² LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Espanha: Editorial Tecnos, 1984, p27. No original: la siniestra amenaza que representan las organizaciones terroristas, para el pacífico disfrute de los derechos fundamentales, en determinadas sociedades democráticas.

⁴⁰³ Fonte: SIGGO.

Irregularidades diversas, tais como compras superfaturadas, aquisições feitas por meio de meros “vales”, em desobediência às leis de licitações, orçamentária, financeira e fiscal. Contratos vencidos continuavam sendo executados, medicamentos, insumos e outros estavam em falta generalizada.⁴⁰⁴

As denúncias acima, segundo relata Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, foram investigadas pelo MPC-DF em conjunto com o MPU - Ministério Público da União resultando em duas representações para realização de auditorias no Hospital de Base do Distrito Federal e na Farmácia Central do Distrito Federal, além do ajuizamento de diversas ações judiciais e instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara Legislativa do Distrito Federal que resultou no afastamento do Secretário Municipal de Saúde.⁴⁰⁵

Prosseguindo na análise do feito ocorrido no Distrito Federal, Pereira lembra que “os Tribunais de Contas não devem fazer uma análise fria das contas”, referindo-se a um modo simplesmente aritmético de fechamento dos gastos com os orçamentos; deve obedecer a princípios constitucionais como o da legitimidade e o da economicidade. Não basta verificar se a verba foi alocada conforme programando, mas se este gasto foi realizado de modo a obter máxima eficiência aos recursos.

O trabalho apresentou resultados tão satisfatórios que, conforme salientou Pereira, a imprensa incentivou a expansão desta forma conjunta de trabalho por todo o país. No Espírito Santo, o Tribunal de Contas da União detectou irregularidades em obras de reforma e ampliação de três unidades hospitalares.⁴⁰⁶ O problema é que tal fato motivou a paralisação das obras, reduzindo drasticamente a oferta de atendimento à população.

Apontado acima um retrato da corrupção verificada dentro de instituições que têm como objeto a oferta de serviços e materiais concernentes à saúde pública. Infelizmente, porém, a prática de corrupção extrapola esta fundamental área, assola todos os Poderes e todas as esferas, sendo diárias as denúncias de desvio de

⁴⁰⁴ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Cooperação: um exemplo positivo**. Constituição & Democracia. UnB, Brasília, maio 2007, p 07.

⁴⁰⁵ Idem, p 07.

⁴⁰⁶ ZANDONADI, Denise. Irregularidades paralisam obras de hospitais e de unidade de saúde. **A Gazeta**, Vitória, 04 jul. 2007, p. 6.

dinheiro público, escasseando sobremaneira os recursos que poderiam ser aplicados em educação e saúde, para citar apenas o que poderíamos denominar de “básico do fundamental”.⁴⁰⁷

3.9.2 Ineficaz operação de emergência

As cooperativas médicas no Espírito Santo foram organizadas para fazer frente a movimentos grevistas e, ao mesmo tempo em que os enfraquece, provê meios para contratação em situações de emergência. Desta forma, acabou-se por criar precedentes para perpetuar uma prática desvirtuando a contratação por meio legítimo, imposto pela Constituição Federal, especificamente seu art. 37, em seu inciso II, que determina a abertura de concurso público.

As cooperativas médicas, desta forma, consolidam uma prática que transgride os princípios – da isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade - e normas constitucionais, especialmente a já citada acima. Ademais, os serviços de saúde prestados à população por médicos providos pelas cooperativas médicas não resultam em melhorias no atendimento, uma vez que são realizadas nas mesmas instalações do Estado, com todas as deficiências peculiares. Denuncia o médico José Tadeu Marino, que “mesmo recebendo mais pelos serviços, os profissionais das cooperativas sempre utilizaram a mesma infra-estrutura que os médicos e demais servidores da saúde pública do Estado”.⁴⁰⁸ O médico manifesta ainda outra preocupação: desestímulo dos médicos em participarem do processo de concurso uma vez que é mais simples ingressar nestas cooperativas.

3.9.3 A quem aproveita o colapso na saúde pública?

Há que se indagar, contudo, a quem interessa a degradação nos serviços de saúde pública? Podemos fazer uma análise partindo do que se verifica, há anos, no setor de segurança pública. A degradação dos serviços chegou a tal ponto que a população já percebeu que necessita providenciar, às suas expensas, serviços de

⁴⁰⁷ ZANDONADI, Denise. Irregularidades paralisam obras de hospitais e de unidade de saúde. **A Gazeta**, Vitória, 04 jul. 2007, p. 6.

⁴⁰⁸ MARINO, José Tadeu. As cooperativas médicas e o Estado. **A Gazeta**, Vitória, 02 set. 2007, p. 3.

vigilância, o que provocou, por sua vez, um incremento nas prestadoras privadas de vigilância. O número de prestadoras⁴⁰⁹ cresceu exponencialmente e grande parcela dos administradores e proprietários origina-se do serviço público de segurança. Assim sendo, quanto maior a sensação de insegurança, maior será a procura por serviços privados.

No setor de saúde pública o fenômeno é idêntico, bastando observar o crescimento do número de associados a planos privados de saúde, nos últimos seis anos. De Dezembro de 2000 a Dezembro de 2006, a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar apurou um crescimento de 17,6%, alcançando o número absoluto de 45.880.791 associados, alcançando 24,6% da população.⁴¹⁰

As notícias de pacientes sendo atendidos em corredores de hospitais – quando conseguem encontrar vaga -, extrema demora na marcação de exames, greves de médicos, falta de materiais e equipamentos cirúrgicos, enfim, uma lista que parece interminável de limitações de recursos. Resultados de uma pesquisa do Instituto Futura apontam para o motivo manifestado por 59% das pessoas pesquisadas desejarem ingressar para um plano privado de assistência à saúde e atesta que “mais da metade está insatisfeita e quer, sim, pagar por um plano de saúde, para ter melhor atendimento”⁴¹¹ uma vez que já sentiram os reflexos da dificuldade em obter atendimento. Outro dado importante é que 82% dos que estão sob planos privados de saúde não cogitam dele sair exatamente por saber o panorama do atendimento na rede pública.

Atualmente apenas as pessoas que não possuem renda suficiente é que deixam de contratar serviços um plano privado de saúde, e as que realizaram uma tentativa, acabarem não suportando o custo. Prova disto é que, segundo a ANS – Agência Nacional de Saúde, detectou que o motivo de 48,2% dos cancelamentos dos contratos de planos de previdência privada ocorridos durante o ano de 2006 foi a

⁴⁰⁹ O gênero inclui: Cooperativas médicas, entidades filantropias, medicinas de grupo, autogestão, seguradoras especializadas em saúde.

⁴¹⁰ AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE. **Caderno de informação da saúde suplementar**. Jun.2007. p.101ss. Disponível em: http://www.ans.gov.br/porta1/upload/informacoesss/caderno_informaca_06_2007.pdf> Acesso em: 03 set 2007.

⁴¹¹ SCOLFORO, Carol. Hospital lotado é resultado da falta de informação: atendimento é insatisfatório. **A Gazeta**, Vitória, 02 set. 2007, p. 8.

inadimplência.⁴¹² Tornou-se um imperativo orçamentário em todas as famílias, em qualquer classe de renda, uma vez que é flagrante a omissão do Estado nesta área. Vejamos um emblemático depoimento, que resume a situação:

Já tive plano de saúde, mas depois tive que depender do SUS. As dificuldades são grandes, demoro meses para conseguir uma consulta. Estou querendo pagar um plano de saúde, para não ter esse tipo de problema quando precisar de uma consulta. Tive um problema recentemente, que o SUS não tratou com urgência. Quando fui ao médico particular, ele tratou, e disse que havia risco de morte se demorássemos mais a cuidar da doença. Se for para esperar pelo SUS, a gente morre.⁴¹³

Torna-se cristalino ver quem colhe os frutos da inércia governamental na área da saúde: à iniciativa privada que atua neste setor. Não podemos, contudo, generalizar o corolário, afirmando que todo o segmento incentiva o caos para deste ambiente auferir seus lucros, obter suas vantagens. Todavia, considerando que os problemas estão às escâncaras e as soluções são de pleno domínio dos que neste setor atuam, não se justifica a perpetuação da falência da saúde a não ser pelo interesse de, por meio deste quadro, obter proveito.

3.9.4 Programa Nacional de Publicização – Organizações Sociais: Inconstitucionalidade

A Lei 9.637, de 18 de maio de 1998, que instituiu o Programa Nacional de Publicização com vistas a autorizar o Poder Executivo firmar contratos de parceria com Organizações Sociais e, por meio destas, oferecer os serviços de sua competência, inclusive na área de saúde. O instrumento legal em análise contém inconstitucionalidades, posicionamento corroborado pela perfunctória análise do relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, em trâmite na Suprema Corte Brasileira.⁴¹⁴ Destas, destacamos, por demonstrarem estreita pertinência ao

⁴¹² AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE. **Caderno de informação da saúde suplementar**. Jun.2007. p.18. Disponível em: http://www.ans.gov.br/porta1/upload/informacoesss/caderno_informaca_06_2007.pdf> Acesso em: 03 set 2007.

⁴¹³ SCOLFORO, Carol. Hospital lotado é resultado da falta de informação: alternativa para a superlotação. **A Gazeta**, Vitória, 02 set. 2007, p. 8.

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Lei 9.637/98: Organizações Sociais. ADI 1923 MC/DF. Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Brasileiro e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. **Informativo PUSH n. 474**.25 ago 2007. Disponível em <<http://gemini.stf.gov.br>> Acesso em: 25 ago 2007.

nosso tema, os artigos: a) 1º e 5º por autorizarem a contratação para gestão de serviços públicos cuja competência é do Estado; c) 11 a 15 por permitir que bens públicos, recursos humanos e dotações orçamentárias sejam direcionados a estas instituições privadas; c) 20 que atribui a realização de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União à entidades privadas. Salienta o r. Relator que o contrato é firmado com dispensa de qualquer processo licitatório. Podemos acrescentar, ainda, que o fato de que estas Organizações Sociais, além de poderem contar com a força de servidores da União, podem realizar serviços públicos mediante contratação de funcionários sem qualquer concurso público, numa afronta ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

O Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista, defendendo o instituto em comento, menciona como melhor exemplo para sua legitimação, a Associação das Pioneiras Sociais (APS), gestora da Rede Sarah de Hospitais do Aparelho Locomotor, com hospitais em Brasília, Salvador, São Luís e Belo Horizonte. O êxito da atuação desta rede hospitalar privada, agindo qual órgão público de saúde, é reconhecido tanto nacional quanto internacionalmente por sua administração moderna e de exemplar eficiência.

O conceito que fundamenta a lei que institui o Programa Nacional de Publicização encontra amparo na Declaração de Madrid, aprovada em 14 de outubro de 1998 pelo Conselho Diretor do Centro Latino Americano de Administração para o Desenvolvimento – CLAD, composto por vinte e cinco países da América Latina, Caribe e Península Ibérica,⁴¹⁵ e tem como escopo a modernização da administração pública e conseqüente reforma do Estado, dos países membros. Destacamos que esta Instituição Internacional, com tão nobre objetivo reformador, fundamenta o propósito pela crise que se abateu sobre os Estado, após as duas grandes guerras mundiais, ainda mais acentuada e visível no final do Século XX, pelo liberalismo e sua falência. O Estado mínimo estava conduzindo a um desmantelamento do Estado, o que se verificou inapropriado e ensejou um redesenho da sua estrutura, reconstruindo-se este. Assevera a Declaração que

⁴¹⁵ Incluindo: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Espanha, Granada, Guiana, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela (Fonte: CLAD. Disponível em <www.clad.org.ve> Acesso em: 10 set 2007.

Trata-se de construir um Estado para enfrentar os novos desafios da sociedade pós-industrial, um Estado para o século XXI, que além de garantir o cumprimento dos contratos econômicos, deve ser forte o suficiente para assegurar os direitos sociais e a competitividade de cada país no cenário internacional. Busca-se, desse modo, uma terceira via entre o *laissez faire* neoliberal e o antigo modelo social-burocrático de intervenção estadual.⁴¹⁶

O que se busca é a construção de um Estado com estrutura dinâmica e ao mesmo tempo, justa e democrática para enfrentar os efeitos da globalização, ou seja, uma aproximação dos mercados por meio das tecnologias de informação e transportes. Exige-se que o Estado centralize sua atuação nos setores econômicos e sociais, com atuação marcadamente na saúde e na educação. Por meio de políticas nestes setores, tem-se o alvo de promover o desenvolvimento econômico concedendo máxima competitividade ao sistema.

Na área social, que nos interessa de forma mais apurada nesta pesquisa, o CLAD devende a existência de entidades públicas não-estatais, ou seja, a realização de serviços públicos com a transferência de atribuições a Organizações Sociais – OS mas ressalta que “embora inspirado na iniciativa privada, o modelo gerencial deve impreterivelmente se adequar ao contexto político democrático no qual está inserido o setor público”.⁴¹⁷ Este objetivo, em especial, que serve de baliza para as ações em cada Estado-membro, é que servirá para fundamentar as críticas à forma como, no Brasil, se busca implementar as reformas julgadas necessárias.

O “contexto político democrático” encontra-se positivado na Máxima Carta brasileira, segundo o conteúdo do art. 37, uma vez que ali se determina que a Administração Pública reger-se-á pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; sendo que, segundo o inciso II que “a investidura em cargos ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público [...]”⁴¹⁸ e, ainda no art. 37, o inciso XXI determina que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...]”.⁴¹⁹

⁴¹⁶ CLAD. **Uma nova gestão pública para a América Latina**. Madrid, 1998.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴¹⁹ *Ibidem*.

A apregoada reforma que a CLAD defende não deve ser atacada, ao contrário, deve ser defendida e implementada no máximo de sua integridade, pois encontra os anseios da sociedade que deseja um Estado forte e mais ágil, voltado ao desenvolvimento social e econômico com objetivo de resgatar e manter a dignidade humana, eliminando qualquer tipo de exclusão social. Inadmissível, contudo, afrontar a Constituição Federal, como faz a Lei 9.637/1998, segundo apontado no voto do Relator da Ação de Inconstitucionalidade nº. 1923 MC/DF, Ministro Eros Roberto Grau, quando enuncia, sobre o Contrato de Gestão instituído pela Lei 9.637/1998, que “a celebração desse contrato de gestão com o Poder Público habilitará a organização ao desfrute de certas vantagens. Mais do que vantagens, favores desmedidos, visto que essa contratação não é antecipada de licitação”.⁴²⁰

Permitir e até mesmo incentivar contratos de gestão sem qualquer procedimento licitatório abrirá a oportunidade para que parcela significativa dos serviços de saúde – entre outros, de competência direta da Administração Pública – sejam realizados com recursos humanos alocados de forma pessoal afrontando a norma insculpida na Constituição Federal que determina a realização de concursos para dar ampla oportunidade no preenchimento de vagas ou empregos públicos.

Ademais, outro dispositivo que se encontra em confronto com a Constituição Federal encontra-se no art. 13 a 15 da Lei 9.637/1998, possibilitando a transferência de servidor público para as Organizações Sociais, cujo ônus será da entidade cedente. O Ministro Eros Roberto Grau, ao defrontar-se com tal prerrogativa concessiva, permaneceu completamente pasmado, tamanha a ‘bondade’ do legislador ordinário. Diríamos mais, um presente do Estado à iniciativa privada que, sob a roupagem de Organização Social, receberá recursos humanos e financeiros além de bens públicos móveis e imóveis, sem qualquer procedimento licitatório. Este o problema. É a transferência canalizada, dirigida, pessoal. E a aplicação dos princípios norteadores da Administração Pública onde se guardaram? Provavelmente em uma gaveta cuja chave se lançou para o abismo!

⁴²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Lei 9.637/98: Organizações Sociais. ADI 1923 MC/DF. Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Brasileiro e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. **Informativo PUSH n. 474**. 25 ago 2007. Disponível em <<http://gemini.stf.gov.br>> Acesso em: 25 ago 2007.

A Política Nacional de Publicização, antes de cumprir com a necessária reforma do aparelho estatal, ofende o maior instituto jurídico de um Estado Democrático de Direito: sua Constituição Federal. E o faz sem qualquer cerimônia. A igualdade de acesso ao preenchimento de vagas de cargos ou empregos públicos não é respeitada e, assim, aqueles que sempre tiveram acesso às melhores condições educacionais, acabarão, outra vez, sendo privilegiados lançando-se mão dos concursos públicos para este preenchimento. O resultado é que os mais aptos, que somente seriam encontrados por amplo sistema de concursos, ficarão de fora do sistema. Neste sentido, mister verificar as lições de John Rawls, ao tecer os princípios das instituições, preleciona que

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa; e (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades.⁴²¹

A transferência de bens móveis e imóveis às Organizações Sociais sem qualquer processo licitatório é uma afronta não apenas ao texto constitucional, mas à própria República, que deveria resguardar o interesse de todos e não privilegiar uma casta. Lembremos que entre os fundamentos da República, temos a construção de uma sociedade justa. Definitivamente, não é justo um governo que aloca recursos públicos a entidades de sua escolha e critérios discricionários.

3.9.5 Estudo de casos regional

Consideradas as formas como o Estado tem buscado sanar a gravíssima situação que se encontra a saúde pública e verificadas as diversas formas de atacar o problema; ainda mais, verificando que a incidência concomitante dos princípios o direito, com destaque para o da dignidade humana, mister apresentarmos um escopo para equacionar a crise que se abate sobre o setor, cujo agravamento é diariamente explicitado pela mídia, considerando que se deve buscar, num Estado Democrático de Direito, este deve garantir tanto o mínimo existencial de forma mais plena possível, ou, como se expressa Ricardo Lobo Torres, “a garantia do mínimo

⁴²¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p353.

existencial em sua dimensão máxima”.⁴²²

A Constituição Federal de 1988 promoveu uma grande alteração no sistema de saúde, transferindo aos municípios e aos Estados a tarefa de oferecer à população uma estrutura de atendimento. Desta forma, ao comparar os gastos sociais de 1990 a 1993 com 1985 a 1989, Fernando Rezende aponta que

do ponto de vista setorial houve aumento dos gastos federais com assistência e previdência social, dada à existência de vinculação de recursos, enquanto as áreas de saneamento, educação, saúde, alimentação e habitação sofreram quedas consideráveis, que foram parcialmente compensadas pela presença dos Estados e municípios.⁴²³

Todavia, esta transferência de tarefas acabou por contribuir sensivelmente a uma degradação dos serviços, conforme verifica no caso do Estado do Espírito Santo. Antes de ser uma exceção, o quadro caótico em que se encontram as instituições que compõe o SUS no Estado do Espírito Santo, é apenas mais uma Unidade da Federação que deixa de estar adequada aos parâmetros estabelecidos na Constituição Federal. Elaine Vieira resume o quadro afirmando que encontraremos “hospitais abarrotados, médicos abrindo boletim de ocorrência por conta do caos no atendimento, morte por demora no socorro. A crise no Estado parece ter chegado a seu ponto mais crítico”.⁴²⁴ Não há nenhuma previsão, a curto prazo, para que o problema seja solucionado.

As melhores previsões apontam equacionamento razoável de atendimento aos casos mais graves e urgentes para, pelo menos, um ano à frente. A repórter expressa, então, que “os pacientes, óbvio, não podem continuar espalhados pelos corredores dos hospitais à espera de uma solução”⁴²⁵ uma vez que se estamos diante de um direito fundamental que, não atendido, agride frontalmente a dignidade humana.

⁴²² TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: o orçamento na constituição. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p181.

⁴²³ REZENDE, Fernando. **Finanças Públicas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p324.

⁴²⁴ VIEIRA, Elaine. Saúde Pública: 7 medidas para um tratamento digno à população. **A Gazeta**, Vitória, 04 jul. 2007. p. 4.

⁴²⁵ Ibidem, p. 4.

Medidas apontadas pela Administração Pública não apontam para a origem e sugerem e mostram-se absurdamente paliativas. O Presidente do CRM-ES – Conselho Regional de Medicina, Fernando Costa, sugeriu, alarmado, que o Governo do Estado decreta estado de emergência para obter ambiente jurídico voltado a aquisição de leitos. A Secretária de Saúde do município de Vila Velha, Márcia Andriolo entende que o problema está surge devido ao encaminhamento de casos complexos oriundos do interior do Estado. Rosalie Có, Secretária de Saúde do município da Serra, outro município da Região Metropolitana de Vitória-ES, restringe o motivo da crise à falta de leitos e à falta de estrutura dos hospitais públicos ⁴²⁶.

O Secretário de Estado da Saúde Pública, Anselmo Tose, alega a falta de recursos financeiros para sanar os problemas de atendimento à população mas afirma que o Estado investe na área da saúde pública o montante de R\$ 560 milhões, mas reconhece que o valor é insuficiente. A esta declaração possuímos, neste momento, suficiente base teórica para impor embargos. Vejamos: se a lei orçamentária é de iniciativa do Poder Executivo, então não há como aceitar tal alegação, pois, sendo este setor o que mais enlaçado está com a dignidade humana, é um dos que deveria receber prioridade de recursos. Mas não é o que ocorre, segundo denúncia do Coordenador Jurídico do Sindicato dos Servidores da Saúde – SindiSaúde, Sólton Borges Marques Júnior, atestando que “os 12% investidos são o mínimo exigido pelo Ministério da Saúde” ⁴²⁷. Ou seja, o critério para alocação de recursos para a saúde, no Estado do Espírito Santo, não é a apuração do montante necessário para atender as camadas demandantes, mas apenas o volume exigido pelo Ministério da Saúde.

Esta foi a síntese que reputamos necessária para apresentar inicialmente as soluções apontadas pelas autoridades encarregadas pela área da saúde. Classificamos as propostas em três grupos: a) soluções de ordem financeira; b) soluções de ordem administrativa; c) soluções de ordem gerencial.

a) Soluções de ordem financeira. O Presidente do Conselho Regional de Medicina –

⁴²⁶ VIEIRA, Elaine. Saúde Pública: 7 medidas para um tratamento digno à população. **A Gazeta**, Vitória, 04 jul. 2007, p. 4.

⁴²⁷ VIEIRA, Elaine. Estado: Investimento de R\$ 560 milhões. **A Gazeta**, Vitória, 04 jul. 2007. p. 4.

CRM/ES, Fernando Costa, defende que “o Estado deveria aumentar os recursos destinados para a Saúde, que hoje giram em torno de 12%, o mínimo exigido pelo Ministério da Saúde”⁴²⁸; entende, ademais, que o Governo Federal deveria apresentar um aporte maior na área, para as Unidades Federadas.

Um Fundo Estadual, segundo o Secretario de Saúde do município de Vitória-ES, Luiz Carlos Reblin, poderia minimizar a falta de recursos para medicamentos. Explica que “cada município depositaria um valor per capita, que, junto com a contrapartida do Estado poderia ajudar na complementação das tabelas e urgência e internações”⁴²⁹.

b) Soluções de ordem administrativa. Neste tópico as soluções voltam-se para questões de gerenciamento das unidades hospitalares e de recursos de materiais e principalmente humanos. A Secretária municipal de saúde, Márcia Cruz Pereira Andriolo, preocupada em alcançar uma solução para o problema pontual de falta de leitos, recomenda que “o Estado mobilize leitos em diversos hospitais para atender aos pacientes que estão nos corredores”, numa alusão ao indevido e degradante estado de espera que ocorre em uma unidade hospitalar do SUS na capital capixaba. Neste mesmo plano de ação, a secretária de saúde da Serra-ES, Rosalie Co, sugere a imediata compra de leitos para os hospitais locais e de outros Estados.

O presidente do Conselho Regional de Medicina, Fernando Costa, sugere que os hospitais sejam organizados por especialidades de tratamento. Teríamos, segundo ele, hospitais exclusivos, por exemplo, para atendimento de traumatismos outros para cirurgias, acreditando que, desta forma, “o atendimento seria agilizado”⁴³⁰. Mas o presidente do CRM apresenta ainda outro aspecto que poderia contribuir em muito no congestionamento dos hospitais da região metropolitana de Vitória-ES: expansão dos centros regionais de especialidades, concedendo capacidade técnica e operacional para que especialidades sejam tratadas nos municípios de origem do paciente, evitando sua vinda para a região metropolitana da capital capixaba; resumindo o reflexo atestando que “se esses serviços funcionarem bem, a demanda

⁴²⁸ VIEIRA, Elaine. Saúde Pública: 7 medidas para um tratamento digno à população: as propostas. **A Gazeta**, Vitória, 04 jul. 2007. p. 4.

⁴²⁹ Ibidem, p. 4.

⁴³⁰ Ibidem, p. 4.

nos hospitais de Vitória vai diminuir”.⁴³¹

Todas as soluções apontadas acima são à prova de questionamentos para sanar um problema pontual, mas ataca apenas os efeitos, não as causas. O maior problema está em aceitar e agir levando a questão da saúde pública ao patamar que lhe cabe: é um direito fundamental, derivado da aplicação do princípio da dignidade humana. Este enfoque é perceptível em algumas unidades hospitalares fora da capital do Estado.

O diretor do Hospital Regina Prottman, no município de Santa Teresa, Antônio Azevedo, administra o hospital sem perder de foco a dignidade e considera que “não ter gente no corredor é obrigação. Tudo se sacrifica, isso não”.⁴³² Esta forma de administrar acaba atraindo, o que muito auxilia no quadro geral, o trabalho voluntário da comunidade, ação que deveria ser incentivada.

O voluntariado é destacado como elemento essencial para o bom funcionamento do Hospital Padre Máximo, de Venda Nova do Imigrante, tornando-se referência quando se trata de atendimento de qualidade de atendimento e resultado. A administradora do hospital reconhece a importância do serviço voluntário e atribui a ele os bons resultados alcançados.⁴³³ Importante mencionar que os reflexos são sentidos pelos pacientes que, não raro, reconhecem o excelente nível de atendimento, como é o caso da paciente Sabrina Vorpapel da Silva que testemunhou “cheguei com muita dor, mas fui logo atendida. Aqui é muito bom”.

⁴³¹ VIEIRA, Elaine. Saúde Pública: 7 medidas para um tratamento digno à população: as propostas. **A Gazeta**, Vitória, 04 jul. 2007. p. 4.

⁴³² BELLO, Elisangela. Hospitais do interior dão exemplos de boa gestão: Unidades de Santa Teresa e Venda Nova mantêm a qualidade, mesmo atendendo pelo SUS. **A Gazeta**, Vitória, 04 jul. 2007. p. 5.

⁴³³ CANAL, Sabrina. Referência em Venda Nova. **A Gazeta**, Vitória, 04 jul. 2007. p. 5.

CONCLUSÃO

A saúde pública é um tema cuja pesquisa jamais se exaurirá, pois, inerente à sociedade humana, possui variáveis dinâmicas e seus diferentes modos de associação resultam em infinitos reflexos. Desta forma, também não pretendemos abranger de forma cabal a matéria; podemos, no máximo, afirmar que esta etapa se encerra, podendo ser ponto de partida para uma centena de outras pesquisas, todas de extrema relevância à sociedade.

Os direitos fundamentais passaram por grandes alterações, recebendo novas dimensões, impulsionadas pela era pós-moderna, em que o avanço das ciências promoveu facilidades jamais experimentadas pela humanidade, mas provocando um entrelaçamento dos sistemas econômicos de todos os países do globo. Neste compasso, a busca do bem-estar, finalidade última do Estado, apresentou sua nova face, a dos direitos coletivos e também os de fraternidade e, com ela, novos desafios aos indivíduos, à sociedade e ao Estado.

Afirmar que uma prerrogativa constitui um direito fundamental implica reconhecer que ela compõe a base do Estado e, por um lado, exigem ações concretas para o atendimento mínimo das necessidades da sociedade, por outro lado, exige que o Estado se abstenha da prática de qualquer ato que tenda a retirar o grau de reserva da liberdade de seus membros.

Os direitos fundamentais formam, em essência, um grupo de necessidades, humanas, individual ou coletivamente consideradas, para o exercício da cidadania, devendo considerar a dignidade da pessoa como o elemento norteador e justificador das ações, positivas (ações, isto é, o Estado deve agir) ou negativas (afastamento, o Estado não deve agir) dos poderes constituídos; recebem eficácia imediata e plena, segundo o que dispõe o art. 5º, § 1º da Constituição Federal vigente.

O Direito à Saúde Pública, além de configurar um direito social, pois assim desejou o Poder Constituinte Originário, é essencialmente um direito fundamental, enunciado na Constituição no artigo 6º e 196 da Suprema Carta Normativa do Brasil, devendo receber o tratamento que é peculiar aos direitos fundamentais, especialmente no

que diz respeito à sua efetivação. Encontramos a norma constitucional do direito fundamental à saúde sobre a qual incide o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpida também no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal como um dos fundamentos da República, que invoca a consideração dos princípios e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro.

Os princípios recebem, portanto, o tratamento de plataforma para as demais normas positivas do ordenamento jurídico bem como um norte para os poderes constituídos, incidindo sobre o processo legislativo, na aplicação e execução pelo Poder Executivo e, finalmente, para dirimir conflitos na esfera jurisdicional, sem contar que deve ser base nos processos não jurisdicionais. É com este conceito que foi realizada a abordagem dos princípios específicos que incidem sobre a questão da saúde pública.

Assim, os direitos fundamentais encontram frontalmente os princípios normativos, donde somos remetidos ao estudo do princípio da dignidade da pessoa humana. Vimos que os princípios pertencem ao gênero norma e tem como espécie as regras e os princípios, ambas estabelecendo direitos e deveres ao Estado e à sociedade.

O princípio da igualdade mostrou-se imprescindível para a verificação do nível de efetivação do direito fundamental à saúde, uma vez que figura entre os direitos sociais. Mister considerar que este princípio é entendido em sua conotação material e não apenas formal. Os desequilíbrios verificados pela existência das diversas camadas sociais devem ser compensados por ações governamentais. Reside neste ponto o grande problema das políticas de saúde pública, pois exatamente a camada menos provida de recursos financeiros é a que não encontra serviços satisfatórios nem para o restabelecimento de enfermidades, sendo ainda mais difícil ser atingida por políticas de prevenção.

Outros princípios incidem sobre o dever do Estado em efetivar o direito à saúde e as limitações deste comando constitucional, como o princípio da reserva do possível, o princípio do núcleo essencial, a garantia do mínimo existencial. Esta fricção culmina em colisão de princípios. Estes eventos jurídicos têm que ser solucionados segundo um conjunto de preceitos para que os princípios preponderantes sejam privilegiados

em detrimento daqueles que incidem com menor pressão, segundo cada fato concreto. Todavia, em regra, nenhum dos princípios colidentes deve ter sua ação cabalmente fulminada, mas estarão presentes na intensidade que os princípios da razoabilidade, do núcleo essencial e da proporcionalidade determinar.

O ambiente para efetivação dos direitos fundamentais pressupõe a existência de um Estado, podendo este apresentar-se em inúmeras formas, seguir diversos ideais assim como ocorreu sob o Estado Liberal, em que encontramos um Estado Mínimo; mais tarde, o Estado Social em que o Estado é o provisor maior das necessidades da população, sem deixar de lado, todavia, o cunho capitalista de economia. O Estado de Bem-estar social, apesar de também estar configurado por uma atuação distributiva e assistencial, diferencia-se do Estado Social por conceder ao Estado a vocação produtiva, para compensar a enorme concentração de riquezas trazidas por este. Quando olhamos para as atividades que o Estado executa de forma direta, verificamos que busca ser um Estado de Bem-Estar Social, sob uma estrutura de Estado Democrático de Direito, o que aumenta ainda mais sua responsabilidade em proporcionar atendimento à saúde para todos os seus cidadãos.

Permeou este estudo as diretrizes que a Organização Mundial de Saúde instituiu, exortando que Saúde Pública abarca todos os aspectos que promovam tanto a recuperação como também a manutenção e prevenção de moléstias, exemplificando que as políticas adotadas nos Estados Unidos para a prevenção de acidentes é uma concretização da política de promoção da saúde.

Saúde Pública, desta forma, foi conceituada como sendo um dever do Estado em prover à população, mediante políticas de prevenção e tratamento, meios para uma condição saudável, em seus aspectos físicos e mentais. Não apenas o corpo físico deve ser alvo do Estado, mas também, um inteiro ambiente, abarcando a preservação do meio ambiente, a promulgação de leis e respectiva fiscalização no ambiente de trabalho; políticas econômicas e sociais; promoção da educação em todos os níveis, promovendo condições para que todos tenham a ela acesso o que proporcionará elevação da qualidade de vida o que, em última análise, culminará em prevenção de doenças.

Neste sentido, o próprio âmbito da efetivação do direito à saúde ganha nova concepção. Enquanto a eficácia é a qualidade que se dá à norma pronta para produzir efeitos, estando no mundo jurídico apta a ser aplicada. A efetividade, porém, é um passo a mais, é a concretização da norma; neste sentido, a norma com eficácia estabelece o “dever-ser”, enquanto que a efetividade implica no “ser”. Quando falamos em efetividade do direito à saúde, portanto, torna-se imperativo que as políticas públicas realmente alcancem o resultado integral da Carta Suprema Normativa. Como entendemos que as políticas de saúde vão muito além dos itens que visam restabelecer a saúde da população, iniciando-se com a educação, estabilidade econômica, ambiente de trabalho, oportunidades de emprego; enfim, concessão e manutenção de uma vida digna a todos os cidadãos, a efetivação estende-se por todas as ações que o Estado deve praticar visando o bem-estar social.

Os estudos acerca da estrutura jurídica bem das políticas de saúde em Portugal e, de forma superficial, na Europa, mostram-se pertinentes pois, conforme ensinou Eduardo Novoa Monreal, os sistemas jurídicos latino-americanos derivam diretamente dos sistemas jurídicos europeus. Ademais, verificou-se existir um sistema de transferências de políticas e de aprendizagem social, processo este que realiza a inserção de normas de origem européias no ordenamento brasileiro.

Portugal atacou os problemas que afetam os sistemas de saúde identificando as origens diretas e indiretas. Desta forma, verificaram que fatores sociais como a exclusão social, a pobreza, a educação, a imigração ilegal ou irregular, a depressão e comportamento anti-social, o desemprego e a insegurança que dele advém são fatores que agravam as circunstâncias causadoras de moléstias.

Os hospitais consomem metade do orçamento de saúde tanto em Portugal quanto nos demais países que compõem a OCDE, recebendo atenção especial no trato das verbas, indicando que a estrutura direta é a maior responsável nos gastos deste tipo de alínea orçamentária. Todavia, cabe uma ressalva, a partir da premissa que a conservação mediante promoção de políticas de saúde passam por todas as esferas e ações do Poder Público, o orçamento da saúde é apenas um indicativo dos gastos diretos, sendo que os demais gastos encontram-se nas outras pastas, isto é, nos

demais Ministérios, como por exemplo, o da Educação, ao fazer campanhas preventivas educacionais para a preservação do meio ambiente, ou ainda, com gastos na educação fundamental.

O primeiro sistema de seguridade social veio à existência para fazer frente a atuação dos sindicatos que estavam criando mecanismos para atender a população. O Estado, temendo o fortalecimento destes, resolveu implantar uma estrutura de atendimento à população; este modelo foi mais tarde copiado pela Bélgica, Noruega e Grã-Bretanha. Todavia, a atuação do Estado recebeu críticas, pois desenhada por burocratas que desconheciam as necessidades da estrutura dos serviços de saúde, provocando gastos mal aplicados.

Na Grã-Bretanha foi implantado um sistema denominado National Health Service – NHS sob os princípios: a) da responsabilidade civil do Estado; b) da compreensividade; c) da universalidade; d) da igualdade; e) da autonomia profissional, o qual, guardadas as devidas proporções, está presente também no Brasil sob a denominação de Sistema Único de Saúde, implantado pelo sistema misto de financiamento bismarckiano-beveridgeano.

Na OCDE encontramos os serviços de prestação por reembolso, por contrato ou integrado, sendo este último o aplicado no Brasil, uma vez que os serviços são prestados diretamente por entidades do governo e a administração dos recursos também por este é realizada, todavia, esta modalidade é a que cria caminhos largos para fraudes, o que tem com frequência ocorrido. Em Portugal, tal como no Brasil, parcela considerável do financiamento da saúde provém diretamente dos consumidores, ora por pagamentos diretos ora por meio de tributos. Todavia, quando analisamos a forma de prestação dos serviços, Portugal possui uma experiência que apenas recentemente o Brasil tem utilizado: a contratação com terceiros. No Espírito Santo, durante os períodos de greve, se recorreu a Cooperativas Médicas, mas o ambiente físico continuou sendo do Governo do Estado o que provocou críticas, pois o custo do atendimento foi equivalente ao sistema privado mas com instalações precárias.

Verificamos que o gasto total com saúde (público e privado) em Portugal é de 9%

sobre o PIB ocupando o nono lugar dos países da OCDE, ou seja, um gasto relativamente elevado, pois 22 países gastam menos, *per capita*, do que ele. Para uma comparação entre os países da OCDE com o Brasil, lancemos mão dos dados estatísticos do ano de 2003, verificando que, naqueles a média é de 7,4% enquanto que no Brasil este percentual cai para 3,4%, ou seja, menos da metade dos países da OCDE. Considerando que o PIB naqueles países também é muito mais elevado, o contraste se mostra ainda mais agudo quando confrontamos os valores absolutos convertidos em dólar: enquanto que nos países da OCDE temos um gasto de US\$ 2,330.73 per capita, no Brasil este valor é de apenas US\$ 270.44. O reflexo é um quadro crônico no atendimento à população, encaminhando um número crescente de pessoas a procurarem a contratação de serviços no sistema privado de prestação de serviços à saúde.

O sistema orçamentário é imprescindível para o adequado controle e gerenciamento dos recursos públicos bem como propiciar o acompanhamento pela população. Assim, o orçamento possui três funções básicas: a política, a econômica e a reguladora. Reputamos a função reguladora e econômica de cunho preponderantemente técnico e a política, resultado de negociações de poderes do Estado, residindo neste âmbito parcela significativa dos problemas pelos quais atravessa o Brasil hodiernamente. Se o aspecto econômico e regulador fossem os elementos norteadores na elaboração orçamentária, a saúde pública receberia uma parcela maior na repartição do numerário, eliminando expressivamente os problemas de atendimento que presenciamos. Some-se a este fato a falta de um gerenciamento que buscasse dar a cada real empregado o máximo de eficiência, teríamos um cenário completamente distinto do que encontramos no Sistema Único de Saúde. A realidade é que o orçamento é delineado com base em acordos políticos e, desta forma, resultado de interesses partidários e outras negociações que impõe o abandono das técnicas salutaras e, pior, ignoram as necessidades da população menos assistida e mais necessitada. Resultado: faltam recursos em áreas imprescindíveis, como a saúde pública.

Apuramos, portanto, que o maior problema neste aspecto reside principalmente em quatro itens: a) falta de aplicação do princípio da legalidade, em sua extrema significação, ou seja, na elaboração orçamentária, que inicia com o projeto de lei

pelo Poder Executivo, uma vez que não ocorre o imprescindível acompanhamento da população nem a pertinente cobrança e acompanhamento dos gastos alocados; b) a representação existente no ordenamento por via das Câmaras Legislativas não está comprometida em atender a área da saúde com os recursos necessários; c) não existe um critério objetivo para apontar o limite de desembolsos do Estado para o tratamento de casos anômalos, fazendo com que pacientes busquem a tutela jurisdicional; esta, por sua vez, por não encontrar este parâmetro que ora reclamamos, determina gastos expressivos em casos isolados escasseando ainda mais os poucos recursos financeiros destinados ao atendimento das massas carentes; d) deficiente gerenciamento da estrutura física do Sistema Único de Saúde, destituído de compromisso com a população e com os preceitos constitucionais, especificamente os princípios da eficiência, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Este quadro tende a se agravar com o advento do Programa Nacional de Publicização que transfere para Organizações Sociais o gerenciamento e prestação de serviços de saúde, canalizando ainda mais recursos que resultaram em gastos cuja auditoria é de duvidosa verificação.

O acompanhamento da execução do orçamento anual deveria ser, portanto, acessível e de fácil compreensão. Não é assim que ocorre, pois demonstramos que, apesar de existir um site mantido pelo Ministério do Planejamento, os dados do exercício corrente não se encontram disponíveis. Mas acreditamos que o provedor dos dados está empenhado em disponibilizar a consulta corrente, pois somente com informações atualizadas é que se justifica o mecanismo. A tecnologia da informação é, então, importante instrumento para auxiliar o acompanhamento, *in real time*, dos desembolsos de cada Ministério e cada programa de Governo Federal. Este exemplo deveria ser copiado por todas as esferas, que recebem dotações orçamentárias e gerenciam tanto seus gastos quanto suas receitas. Ressalte-se, então, que deve toda a população acompanhar, passo a passo, toda a movimentação de recursos pois somente desta forma se concederá legitimidade para uma efetiva cobrança de resultados. Outro princípio que reputamos de elevada importância é o da não afetação dos recursos e denunciemos que há constantes ataques a ele. O mais recente foi noticiado em maio do corrente ano, consistindo em vinculação de receitas à segurança pública, ou seja, na contramão deste princípio.

O modelo de Estado influencia significativamente o orçamento; vivendo sob um estado democrático social, as políticas desta área ganham destaque. Assim, enquadrando-se o Brasil em um modelo expressamente socializado, emprega parcela considerável de recursos em programas que visem abranger de forma protecionista ou patriarcal, a parcela mais vulnerável da população. É exemplo nítido e incontestável o “Fome Zero”, mundialmente conhecido. Disto apreendemos um direcionamento voltado para a prestação distributiva à sociedade e, esta vocação deve ser igualmente verificada no trato da saúde pública.

O conceito de direito fundamental ganha relevo neste contexto e, abraçando lições de Antônio Emílio Perez Luño, defendemos que estes devem determinar ações concretas dos poderes constituídos do Estado. O Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário devem dobrar-se diante dos preceitos erigidos pelos direitos fundamentais, dando-lhes máxima concretude, plena realização, sempre sob influência direta do princípio da dignidade humana. O art. 6º e 196 da Suprema Carta, norteiam o legislador para a formalização de leis ordinárias que impliquem a realização destes elevados direitos; por sua vez, obrigam os atos do Poder Executivo à implementação de políticas que atendam com serviços eficientes a todos que necessitam do serviço de saúde. O Poder Judiciário, qual guardião do sistema normativo, tendo no seu topo o Supremo Tribunal Federal, nomeado guardião do texto Constitucional, tem o dever de fazer ajustar qualquer desvio no cumprimento destas normas, pautando-se também no princípio superior da dignidade da pessoa humana.

Neste ambiente exerce plena influência o conceito de igualdade. Vimos que esta não pode ser vista apenas em seu aspecto formal, mas antes, o material, perfeitamente adequado ao modelo econômico e social adotado no Brasil, conforme preceituado desde o preâmbulo da Constituição Federal. Assim, os serviços públicos de saúde devem buscar a aplicação deste conceito de igualdade, concedendo aos que necessitam maior amplitude este nível de prestação. O Sistema Único de Saúde deve ser visto por esta ótica, inclusive quando analisamos a aplicação dos princípios basilares, a saber: descentralização, atendimento integral e participação social.

O termo ‘atendimento integral’ traz em seu interior a idéia de correção das

desigualdades, ou seja, uma igualdade material. Aplicando-se este postulado, podemos concluir que, deparando o Estado com a exigência de terapias, exames ou medicamentos de elevada monta, deve verificar, concomitantemente, se: a) a capacidade do Estado nesta prestação; b) na necessidade do demandante, seguindo o mesmo critério aplicável na análise de prestação de alimentos.

As políticas de saúde não podem ser restritas a práticas diretas. Vimos que a prevenção de moléstias abarca uma complexa teia de elementos que interagem com o sistema e podem melhorar ou trazer ainda mais males. Defendemos, por isso, que as políticas de saúde devem permear todas as atividades do Estado. Quando desenha o modelo educacional, desde a esfera fundamental básica até o ensino superior. Políticas de financiamento, incentivo e fomento de pesquisas científicas tangenciam os cuidados com a saúde pública. Este entendimento é corolário dos preceitos trazidos pela Organização Mundial de Saúde e extensamente aplicados em nossa pesquisa. Na esteira desta interpretação, as políticas que visam o desenvolvimento econômico têm como um dos elementos justificadores e alvos, concomitantemente, a prevenção e preservação da saúde.

Previsto na Constituição Federal e regulamentado em legislação ordinária, encontramos um completo sistema privado de serviços à saúde, regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que mereceu nossa atenção por sua elevada importância no contexto brasileiro, elevada exponencialmente à exata medida que o Sistema Único de Saúde não consegue atender a demanda que a Constituição lhe impôs. Este sistema privado também se submete aos princípios da dignidade da pessoa humana, da livre concorrência e da defesa do consumidor. Sua formatação foi concebida para impedir abusos aos consumidores. Também não se admite tratar este essencial serviço como um produto ordinário, o que motivou a inserção de mecanismos protetores às pessoas jurídicas que atuam com planos privados de assistência à saúde. Um exemplo é o recebimento de tratamento especial quando verificada a dificuldade financeira, buscando-se o pleno restabelecimento; não tendo êxito, a operadora não tem falência decretada, mas sim, sofre a liquidação extrajudicial com alienação da carteira de clientes para outra operadora. Para prevenir casos de liquidação, as operadoras deverão submeter suas contas a auditores independentes e encaminhar periodicamente o balanço e o

resultado da auditoria à Agência reguladora – ANS. Ainda outro mecanismo de proteção é a vedação de internação hospitalar por critérios de prazo, custo e quantidade de dias. Todos estes mecanismos visam precipuamente a proteção dos usuários de planos de saúde, oferecendo segurança no momento da contratação e ao longo do decurso contratual.

Chegamos a análise do núcleo essencial do direito fundamental à saúde pública. Vimos que o direito à saúde deve ser interpretado como uma relação de justiça social, com igualdade de condições de acesso a um sistema integrado de prevenção e restabelecimento disponibilizado pelo Poder Público, ao mesmo tempo que implica um direito subjetivo, uma prerrogativa assistida a cada cidadão de recorrer ao Estado em busca da necessária prestação de serviços de saúde. Verificamos, também, que a argüição da reserva do possível deve ser afastada, pois sendo a alocação de recursos efetuada pelo próprio Estado, por meio do devido processo legislativo, não pode ele mesmo alegar insuficiência de recursos para cumprir atribuição estabelecida pelo Constituinte Originário. Ademais, sobre esta relação incide também o princípio da garantia do mínimo existencial, implicando uma obrigação do Estado em prestar serviços e atendimento ao mínimo, sendo esta a contra-prestação pelos tributos arrecadados dos contribuintes; sem considerar a força que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce sobre esta demanda.

O núcleo essencial ao direito fundamental à saúde residirá no atendimento mínimo, mas satisfatório, à população de forma a não atingir a dignidade do paciente. Infringir tal preceito legitima ao ofendido recorrer aos meios jurisdicionais para assegurar o pleno cumprimento deste direito fundamental, não se admitindo qualquer interpretação que retire sua força cogente, qual preceito residente no sistema proposicional nomoempírico prescritivo. Quando o Poder Judiciário, mediante concessão da tutela ao paciente, determina o cumprimento de terapia ou a cobertura de medicamentos, não podemos aceitar a alegação de que foi rompida a independência dos Poderes. Todavia, não é o Judiciário que realiza a prestação do serviço ou o fornecimento dos medicamentos, apenas, adstrito em sua esfera, determina que o Poder Executivo o faça, no cumprimento de seu próprio dever. A tripartição das atribuições do Estado encontra sua justificação exatamente para que, por meio de um sistema de freios e contra-pesos, impeça o Estado a agir de forma

absolutista ou omissiva. Importante a atuação do Ministério Público, por meio das Ações Cíveis Públicas, para coibir estas omissões e corrigir os rumos do Poder Executivo.

A responsabilidade do Estado na relação entre médico e paciente também foi analisada, a partir de um estudo sobre o ordenamento de Portugal e do Brasil. Verificamos que neste contexto, que naquele ordenamento, a pessoa física do médico justapõe-se com a da pessoa jurídica prestadora do serviço de saúde. Em outros termos, a responsabilidade do estabelecimento hospitalar funde-se com a do médico; ocorre da mesma forma em nosso ordenamento jurídico, podendo ocorrer demanda diretamente ao médico ou ao hospital, que poderá, por sua vez, ajuizar ação regressiva em face do profissional de saúde. Apreendemos que tanto nos serviços prestados com deficiência quanto nas omissões, o Estado responde pelos danos causados. Esta constatação aplica-se tanto a Portugal quando no Brasil.

A inefetividade do direito fundamental à saúde, verificada em índice parcial, tem diversas origens e inúmeros reflexos. A mais comumente alegada é a falta de recursos, cuja repulsa já fundamentamos. Todavia, há possibilidades de se reduzir tal origem mediante combate à corrupção que reside no seio da administração pública, impedindo a eficiência na prestação dos serviços, por desviar os recursos, por queda na qualidade dos medicamentos e equipamentos, por falta de instalações adequadas, por utilização de profissionais não habilitados. Quando tratados, resultam em expressiva melhora do atendimento e redução dos gastos.

Apuramos os reflexos da utilização das Cooperativas Médicas no Espírito Santo e constatamos que, embora os custos por tal tentativa de restabelecimento dos serviços na área da saúde fosse maior do que se as vagas fossem preenchidas por meio de concursos públicos segundo determina a Constituição Federal, os serviços resultantes ainda padecem de qualidade mínima aceitável pois são prestados nos precários estabelecimentos do Estado. Ademais, esta modalidade de utilização de profissionais afasta-os da prestação de concursos. Prejudicada a população duplamente: primeiro, ao contribuir regularmente por meio de tributos, paga mais caro por um serviço que é prestado de forma precária; segundo, afastando parcela de profissionais dos concursos, muitos profissionais bemqualificados são mantidos

afastados do atendimento à população.

Uma denúncia que não nos furtamos em expor foi a de que todo o colapso existente na saúde pública culmina em ser proveitosa à iniciativa privada que, mesmo com uma legislação regulamentadora e mecanismos de proteção ao consumidor, acaba ficando refém das operadoras de planos privados, a exemplo do que ocorre com a segurança pública que, em seu colapso obriga empresários e a população em geral, quando pode, contratar serviços privados de segurança patrimonial e pessoal. A incompetência do Estado favorece, abre mercado para a iniciativa privada que, se servindo da falta de opções, dele se apropria, estabelecendo livremente, suas regras. O expressivo aumento de clientes de operadoras de saúde é a maior testemunha desta assertiva. Acrescente-se que 82% dos clientes de planos de saúde nem cogitam dele sair, mesmo que o custo implique renúncia a parte significativa de sua opção de consumo, por ter conhecimento do precário atendimento no Sistema Único de Saúde. Reputamos esta consequência com extremamente danosa à sociedade, devendo urgentemente ser corrigida.

Não pudemos nos olvidar de expor a flagrante afronta que o Programa Nacional de Publicização, que inclui o serviço de saúde, faz à Constituição pátria, em nome de uma nova estrutura governamental. Sob a alegada necessidade de reformar o aparelho estatal, emanou-se a Lei 9.637/1998 que transfere para o setor privado, mediante Organizações Sociais, funcionários públicos, bens móveis e imóveis e ainda, recursos financeiros. Não há processo licitatório para os bens e recursos financeiros nem concurso público para o preenchimento de vagas. Por um lado, declara-se que estas instituições farão a vez do Estado mas não atribuem a tais os deveres constitucionalmente estabelecidos à Administração Pública. Trata-se de uma doação disfarçada, já condenada por parte expressiva da Suprema Corte, mas ainda pendente de posicionamento final. Não rejeitamos a veracidade do fato de que a Administração Pública deve ser reformada, mas não é admissível que sob esta bandeira, princípios e regras constitucionais sejam desconsideradas. Entendemos que a transferência de recursos somente pode ser efetuada mediante licitação, mesmo em se tratando de Organizações Sociais, da mesma forma que igual oportunidade de preenchimento de vagas deve ser dada a todos, mediante aplicação de concurso público, sob pena de comprometimento da qualidade dos

serviços de saúde, já deploráveis. A solução dos problemas no setor de saúde jamais poderá implicar a renúncia a preceitos constitucionais.

Do estudo de casos à luz da situação do Espírito Santo, e nas palavras dos próprios protagonistas, apreendemos que é necessário: a) elevar a transferência de recursos destinados à saúde; b) exercer um eficiente gerenciamento das unidades de saúde; c) maior participação da sociedade no controle das ações do Poder Público. Todavia, estas soluções não serão suficientes, mesmo que conjuntamente aplicadas, para sanar a questão. É imperioso que os todos os poderes constituídos estejam conscientes da importância deste direito fundamental, que, quando não efetivado satisfatoriamente, afeta frontalmente a dignidade humana e faz perder a finalidade maior do Estado.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE. **Caderno de informação da saúde suplementar**. Jun.2007. 142p. Disponível em: http://www.ans.gov.br/portal/upload/informacoesss/caderno_informaca_06_2007.pdf> Acesso em: 03 set 2007.

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. Distribuidora Fontamara: Coyoacán, México, 2002, 91p.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, 607p.

AMARAL, Alberto. In: VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos humanos, estado de direito e a construção da paz**. São Paulo: Quartir Landin, 2005, 190p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p.25ss.

AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. v.1-5. Rio de Janeiro: Delta, 1974, 3998p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, 137p.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 327p.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 369p.

BELL, John Fred. **História do pensamento econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Zahar

Editores, 1982, 581p.

BENETI, Sidnei Agostinho; BENETI FILHO, Sidnei Agostinho. Planos e Seguros de Saúde. In: **Direito & medicina: Aspectos Jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, 411p.

BERMAN, Marshal. **Tudo que é sólido desmancha no ar: A aventura da Modernidade**. São Paulo: Scharcz, 1999, 360p.

BITTAR, Eduardo. **Ética e direito na pós-modernidade**. Palestra Proferida no Seminário Jurídico Avançado do curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV 05 e 06 de maio de 2006 na FDV.

_____. **O Direito na pós-modernidade**. São Paulo: Forense Universitária, 2005, 456 p.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, 230 p.

_____. **Curso de direito constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 807p.

_____. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2006. 550p.

_____. BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e constituição dirigente. In: BONAVIDES, José Joaquim Gomes; LIMA, Francisco Gérson Marques; BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.219-251.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília,DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº. 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Nov/Dez 2006. 1 CDROM.

_____. Lei nº. 9.961 de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e dá outras providências. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre:

Nov/Dez 2006. 1 CDROM.

_____. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Mar/Abr 2007. 1 CDROM.

_____. Lei nº. 10.850 de 25 de março de 2004. Atribui competências à Agência Nacional de Saúde Suplementar. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Nov/Dez 2006. 1 CDROM.

_____. Lei nº. 11.439 de 29 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2007. In: **Júris Síntese IOB**. Porto Alegre: Mar/Abr 2007. 1 CDROM.

BUFFON, Marciano. A crise estrutural do estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p75.

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 1446p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra : Coimbra, Portugal 1999, 1522p.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, 443p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. 813p.

CASTRO, Janice Dornelles de. **Regulação em saúde: análise de conceitos fundamentais**. Sociologias. [online]. Jan.jun. 2002, no. 7, p. 122-135. Disponível

em http://scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=1517-45222002000200005
& lng = pt&nrm=iso> ISSN 1517-4522.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, 325p.

COSTA, Ricardo César Rocha da. **Descentralização, financiamento e regulação: a reforma do sistema público de saúde no Brasil durante a década de 1990**. Revista de Sociologia Política [online]. Jun. 2002, n. 18. p 49-71. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci+arttext&pid=S0104-44782002000000005> & lng=pt&nrm=iso>.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004. 676p.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à saúde**. Ver. Saúde Pública. [online]. 1988, vol. 22, no. 1 [citado 2006-08-26] p. 57-63 disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&pt&nrm=iso>.

_____. In: Ministério da Saúde (Org). **Direito sanitário e saúde pública**. Vol.1. Brasília: Síntese, 2003, 390p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2004, 197p.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 236p.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 371p.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005, 139.

GALBRAITH, John Kenneth. **A Era da Incerteza**. 7.ed. São Paulo: Pioneira, 1986, 379p.

GAMBIAGI, Fábio. ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças públicas**. Teoria e Prática no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, 475p.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991, 245p.

GUIMARÃES, Guilherme F. A. Cintra. **A Saúde também tem o seu preço**. Constituição & Democracia. UnB, Brasília, maio 2007, p 04.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 3a. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, 355p.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. __p.

GREGORI, Maria Stela. **Planos de saúde**: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 208 p.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: 2002, 55p. ‘Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur Pluralistischen und ‘Prozessualen’ Verfassungsinterpretation.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 457p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. (Die Normative Kraft der Verfassung). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, 34p.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 454p.

HUBERMAN, Leo. **A história da riqueza do homem**. 21.ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, 313p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: Introdução à Problemática Científica do Direito. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 4.ed. São Paulo: RT, 2006, 159p.

KUMAR, Krischan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**: Novas Teorias sobre o Mundo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, 258p.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**. Júris Síntese. Porto Alegre: Síntese, 2005 nº 53. 1 CD-ROM.

LUCAS, Douglas Cesar. A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan. (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. 315p.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. Espanha: Editorial Tecnos, 1984, 233p.

MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma. (Org.). **Novos direitos**: Os Paradigmas da Pós-Modernidade. Niterói: Ímpetus, 2004, 351p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, 483p.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. **Comparação internacional de gastos governamentais em saúde, educação e previdência**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/orcamento/conteudo/noticias/noticias_2005/051208_comparacao_internacional.htm> Acesso em: 03 set 2007.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos: o acesso à justiça administrativa**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2003, 163p.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**.

Porto Alegre: Fabris, 1988. 221p.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, 141p.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Comentários à Lei 9.882 de 03/12/1999. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, 228p.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. 646p.

PORTUGAL. Lei, nº 13/2002, de 19 de fevereiro de 2002. Aprova o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais. In: MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos: O Acesso à Justiça Administrativa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p111ss.

RAEFFRAY, Ana Paulo Oriola de. **Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Landim, 2005. 352p.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p353.

REZENDE, Fernando. **Finanças públicas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. 382p.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2006. 153p.

SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e desenvolvimento: Recurso Público e Dignidade Humana: O Desafio das Políticas Desenvolvimentistas**. Campinas: Millenium, 2007. 291p.

SAKELLARIDES, Constantino. **De Alma a Harry: crônica da democratização da**

saúde. Almedina: Lisboa, 2005, 234p.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. 119p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 3a. ed rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 158p.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, 453p.

SCHÜMER, Ursula. **Webster's third new international dictionary.** Cologne, Germany: Könnemann Verlagsgesellschaft, 1993, 2662p.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.248s.

SILVA, Christine Oliveira Peter. **Hermenêutica de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, 307p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, 878p.

SIMÕES, Jorge. **Retrato político da saúde: Dependência do Percurso e Inovação em Saúde - Da Ideologia ao Desempenho.** Lisboa: Almedina, 2004, 346p.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: introdução.** 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.388p.

SPENGLER, Fabiana Marion. Crise Funcional: Morte ou Transformação do Estado? In: MORAIS, José Luis Bolzan. (Org.). **O estado e suas crises.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, 315p.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica**

do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, 710p.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na constituição**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p49ss.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, 431p.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 413p.

VIEIRA, Elaine. **Saúde Pública**: 7 medidas para um tratamento digno à população. **A Gazeta**, Vitória, 04 jul. 2007, p. 4.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos humanos**: estado de direito e a construção da paz. São Paulo: Quartier Landin, 2005, 190p.

WIESEL, Elie. **Discurso de entrega do Prêmio Nobel da Paz**. Oslo, Noruega, 10 dez. 1986. Disponível em: <www.eliewieselfoundation.org/ElieWiesel/speech.html>. Acesso em: 11 nov. 2006.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **World health report 2000**: Health Systems: Improving Performance. Geneva: WHO, 2000, 895p.

_____. **The world health report 2006**. Disponível em: <<http://www.who.int/whr/2006/en/>>

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 599 p.

ANEXOS

ANEXO A

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CLAD	Centro Latino Americano de Administração para o Desenvolvimento
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
NHS	National Health Service
MPC-DF	Ministério Público de Contas do Distrito Federal
MPU	Ministério Público da União
OCDE	Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMS	Organização Mundial da Saúde (WHO - World Health Organization)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
REsp	Recurso Especial
SUS	Sistema Único de Saúde
WHO	World Health Organization (OMS - Organização Mundial da Saúde)

ANEXO B

LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PORTUGUESA

- Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto de 1990.

Lei de Bases da Saúde .

- Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro

Aprova o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde.

- Decreto-Lei n.º 13/93, de 15 de Janeiro

Regula a criação e fiscalização das unidades privadas de saúde.

- Decreto-Lei n.º 335/93, de 29 de Setembro

Aprova o Regulamento das Administrações Regionais de Saúde.

- Decreto-Lei n.º 336/93, de 29 de Setembro

Estabelece o regime jurídico da nomeação e das competências das autoridades de saúde.

- Decreto Regulamentar n.º 63/94, de 2 de Novembro

Estabelece os requisitos relativos a instalações, organização e funcionamento das unidades privadas de saúde.

- Decreto-Lei n.º 198/95, de 29 de Julho

Cria o cartão de identificação do utente do Serviço Nacional de Saúde.

- Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril

Estabelece o regime de celebração das convenções a que se refere a base XLI da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto - Lei de Bases da Saúde

- Decreto-Lei n.º 35/99, de 5 de Fevereiro
Estabelece a organização da prestação de cuidados de psiquiatria e saúde mental.

- Decreto-Lei n.º 156/99, de 10 de Maio
Estabelece o regime dos sistemas locais de saúde.

- Decreto-Lei n.º 218/99, de 15 de Junho
Estabelece o regime de cobrança de dívidas pelas instituições e serviços integrados no Sistema Nacional de Saúde.

- Decreto-Lei n.º 286/99, de 27 de Julho
Estabelece a organização dos serviços de saúde pública.

- Resolução do Conselho de Ministros n.º 162/2001, de 27 de Setembro
Cria uma estrutura de missão denominada «Parcerias. Saúde» destinada a desenvolver e implementar no sector da saúde experiências inovadoras de gestão, designadamente parcerias público-públicas e público-privadas, aplicando-as aos estabelecimentos hospitalares e ao universo de unidades de prestação de cuidados primários e de cuidados continuados de saúde.

- Decreto-Lei n.º 39/2002, de 26 de Fevereiro
Aprova nova forma de designação dos órgãos de direcção técnica dos estabelecimentos hospitalares e dos centros de saúde, altera a composição dos conselhos técnicos dos hospitais e flexibiliza a contratação de bens e serviços pelos hospitais.

- Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2002, de 20 de Junho
Estabelece medidas para permitir a transformação de estabelecimentos públicos prestadores de cuidados hospitalares em entidades públicas empresariais (EPE).

- Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto
Define o regime jurídico das parcerias em saúde com gestão e financiamentos privados.

- Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro
Aprova o novo regime jurídico da gestão hospitalar e procede à primeira alteração da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto.

- Resolução do Conselho de Ministros n.º 15/2003, de 17 de Janeiro
Cria a unidade de missão designada «Hospitais SA.», com a finalidade de coordenar o processo global de lançamento e a estratégia de empresarialização dos hospitais com a natureza jurídica de sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos.

- Decreto-Lei n.º 60/2003, de 1 de Abril
Cria a rede de cuidados de saúde primários.

- Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril
Define normas especiais aplicáveis às parcerias público-privadas.

- Decreto Regulamentar n.º 10/2003, de 28 de Abril
Aprova as condições gerais dos procedimentos prévios à celebração dos contratos de gestão para o estabelecimento de parcerias em saúde.

- Decreto Regulamentar n.º 14/2003, de 30 de Junho
Aprova o caderno de encargos tipo dos contratos de gestão que envolvam as actividades de concepção, construção, financiamento, conservação e exploração de estabelecimentos hospitalares.

- Decreto-Lei n.º 173/2003, de 1 de Agosto
Estabelece o regime das taxas moderadoras no acesso à prestação de cuidados de saúde no âmbito do Sistema Nacional de Saúde.

- Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto
Regulamenta os artigos 9.º e 11.º do regime jurídico da gestão hospitalar, aprovado pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro.

- Decreto-Lei n.º 281/2003, de 8 de Novembro

Cria a rede de cuidados continuados de saúde.

- Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro
Cria a Entidade Reguladora da Saúde.