

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

WANTUIL JUNIOR DE ANGELO LIMA

**DIREITO À SAÚDE E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: UMA
ANÁLISE DA DECISÃO DO STF NA ADIN N° 1923/98 SOB O
PRISMA DAS TEORIAS DO SENTIMENTO
CONSTITUCIONAL E DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE**

VITÓRIA
2015

WANTUIL JUNIOR DE ANGELO LIMA

**DIREITO À SAÚDE E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: UMA
ANÁLISE DA DECISÃO DO STF NA ADIN N° 1923/98 SOB O
PRISMA DAS TEORIAS DO SENTIMENTO
CONSTITUCIONAL E DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Strictu Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Professora Orientadora: Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer.

VITÓRIA

2015

WANTUIL JÚNIOR DE ANGELO LIMA

**DIREITO À SAÚDE E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: UMA ANÁLISE DA
DECISÃO DO STF NA ADIN 1923/98 SOB O PRISMA DAS TEORIAS
DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL E DA CONSTITUIÇÃO
DIRIGENTE**

Dissertação apresentada ao Programa da Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Professora Orientadora: Elda Coelho de Azevedo Bussinguer.

Aprovada em ____ de _____ de 2016.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer.
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora.

Prof. Dr. Daurly Cesar Fabriz
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dra. Francis Sodré
Universidade Federal do Espírito Santo

Dedico este trabalho para todas as pessoas que dependem do Sistema público de saúde brasileiro.

AGRADECIMENTOS

Ao trino Deus, Excelso Criador e Senhor da minha vida, que graciosamente me abençoa com muito mais do que eu poderia merecer.

Aos meus familiares. Meus pais, que apoiaram, confiaram e investiram neste sonho de maneira incondicional. Meus irmãos e cunhado, que nunca me deixaram desanimar e sempre me ajudaram quando precisei.

À minha amada Layni, que, apesar da distância, com seu amor e carinho constantes nunca deixou de ser um dos meus alicerces nesta caminhada.

À minha orientadora, um grande exemplo de profissional, de pessoa e de cristã, por ter contribuído para a construção desta dissertação desde o primeiro dia em que participei do Biogepe, sempre com muita disposição e capacidade em me ensinar, instruir e ajudar.

Aos membros da banca, por prontamente aceitarem o convite para participar da minha defesa e por terem contribuído diretamente para o enriquecimento deste trabalho.

Aos amigos do Mestrado, que participaram comigo de todos os desafios do curso e sempre estiveram dispostos a compartilhar dos seus conhecimentos.

À Fundação de Amparo à pesquisa – FAPES, que viabilizou recursos financeiros para a concretização deste trabalho.

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq e aos coordenadores do Projeto de Pesquisa Complexo Econômico Industrial da Saúde (CEIS) – Inovação e Dinâmica Capitalista: desafios estruturais para a construção do sistema universal no Brasil, por possibilitarem a minha participação neste projeto.

À Faculdade de Direito de Vitória – FDV, por oferecer um ambiente acadêmico muito bem estruturado, por escolher profissionais da melhor qualidade para compor o seu quadro de funcionários e por buscar em nós alunos sempre o nosso melhor.

Aos professores que tive durante essa caminhada, pessoas destacadas, extremamente competentes e muito dedicadas ao ofício da docência. Exemplos para a minha vida acadêmica!

Aos demais amigos, à Igreja Presbiteriana em Jardim da Penha e aos jovens da União de Mocidades Presbiteriana (grupo do qual me alegro de fazer parte), por todo o apoio e companheirismo.

“De fato, grande fonte de lucro é a piedade com o contentamento. Porque nada temos trazido para o mundo, nem coisa alguma podemos levar dele. Tendo sustento e com que nos vestir, estejamos contentes. Ora, os que querem ficar ricos caem em tentação, e cilada, e em muitas concupiscências insensatas e perniciosas, as quais afogam os homens na ruína e perdição. Porque o amor do dinheiro é a raiz de todos os males; e alguns, nessa cobiça, se desviaram da fé e a si mesmo se atormentam com muitas dores”.

I Timóteo 6.6:10.

RESUMO

Este estudo, com base nas teorias do Sentimento Constitucional e da Constituição Dirigente, analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF na ADIn nº 1.923/98, que trata da constitucionalidade da Lei 9.637/98 (que criou as Organizações Sociais), e do artigo 24, inciso XXIV, da Lei 8.666/93, que dispensa a obrigação de procedimento licitatório nos casos de contratação das OS. Tomando como ponto de partida o Movimento da Reforma Sanitária, importante instrumento na conquista da declaração constitucional do Direito à saúde, analisa se a decisão do STF encontra-se em consonância com as teorias do sentimento constitucional e da constituição dirigente e a luta pela sua efetivação. Em uma perspectiva histórica dialética, e a partir das teorias adotadas, foi possível compreender as transformações ocorridas na saúde pública brasileira nas últimas décadas, confirmando a hipótese inicialmente formulada de que a decisão do STF não está de acordo com a diretriz constitucional do Direito à Saúde e as condições necessárias à sua efetivação. Pelo contrário, a decisão apenas atende aos objetivos do mercado, facilitando o processo de privatização da saúde em curso, por meio da transferência da gestão dos serviços públicos de saúde para as Organizações Sociais. A investigação aponta no sentido de que a decisão do STF ignora o sentimento constitucional expresso na opção por um sistema público de saúde no qual o setor privado permanecesse em condição meramente residual. Ao desobrigar o Estado do procedimento licitatório na contratação das OS e facilitar o processo de transferência de serviços públicos para o privado, aqui representado pelas Organizações Sociais da Saúde, a decisão caminha no sentido contrário ao dirigismo constitucional, já que, indiretamente, permite ao Estado descumprir o seu dever de prestar os serviços de saúde diretamente ao cidadão. Por fim, as análises efetuadas permitem concluir que, com a decisão do STF, deverão ser fortalecidos os mecanismos de atuação fiscalizatórios do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, bem como das entidades e instituições de controle social, no sentido de garantir que o Brasil deixe de apenas *ter Constituição* e efetivamente passar a *estar em Constituição*.

Palavras-chave: Direito à saúde; ADIn nº 1.923/98; Sentimento Constitucional; Constituição Dirigente.

ABSTRACT

This thesis, which is based on the theory behind both constitutional feeling and ruling constitution, aims to analyse the Brazilian Supreme Court's - STF decision regarding ADIn n° 1.923/98, which refers to both the constitutionality of the law 9.637/98 that regulates the Social Organizations – OS, and to the article 24, item XXIV, from the law 8.666/93, which dispenses the obligation of bidding procedures when contracting the OS. Taking the sanitary reform movement as a start, this is an important item on behalf of the declaration of constitutional right to health. This document analyses whether the STF decision is or not according to the theory behind both constitutional feeling and ruling Constitution and also the fight for its effectuation. From both a historical dialectical perspective and the theories assumptions, it was possible to comprehend the transformations occurred on the Brazilian Public Health System throughout the last decades, which also confirms the hypotheses initially formulated that the STF decision is not according to the constitutional guidelines of the right to health and the necessary conditions to its effectuation. On the contrary, the decision only meets the objectives of the market, making it easy to privatize the health in process, through the transfer of the management of the public health services to the OS. The investigation points out the fact that the decision of the STF does not take into consideration the constitutional feelings expressed in the option for a public health system in which the private sector would remain in a merely residual condition. By releasing the state from the bidding procedure on the OS hiring process, and by facilitating the process of transferring the public services into the private, here at represented by the OSS, the decision goes towards the contrary of the constitutional dirigisme, once, it indirectly, allows the state to breaches its obligation to render the health services directly to the citizens. Finally, the analyses effectuated allows us to conclude that, with the STF decision, the oversight mechanisms performed by the Public Ministry and the Audit Offices, as well as the organizations and institutions of Social Control should be strengthened, with the aim to ensure that Brazil will leave being a country simply *with a Constitution*, to, instead, *be in a Constitution*.

Keywords: Right to health; ADIn n ° 1923/98; Constitutional Feeling; Constitution Manager.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade;
ABRASCO - Associação Brasileira de Pós-graduação em Saúde Coletiva;
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar;
ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária;
CEBES - Centro Brasileiro de Estudos de Saúde;
CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico;
CF – Constituição Federal;
CF/88 – Constituição Federal do Brasil de 1988;
DF – Distrito Federal;
EDD – Estado Democrático de Direito;
FHC – Fernando Henrique Cardoso;
FMI – Fundo Monetário Internacional;
HIV – Human Immunodeficiency Virus;
MRS – Movimento de Reforma Sanitária;
MS – Ministério da Saúde;
OS – Organização Social/ Organizações Sociais;
OSS – Organização Social da Saúde/Organizações Sociais da Saúde;
SAMU - Serviço de Atendimento Móvel de Urgência;
STF – Superior Tribunal de Justiça;
SNS – Sistema Nacional de Saúde;
SUS – Sistema Único de Saúde;
TC – Tribunal de Contas;
TCU – Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 O SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO E A INSERÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.....	21
1.1 A IMPLANTAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICANO BRASIL.....	22
1.2 A REFORMA SANITÁRIA E A CRIAÇÃO DO SUS.....	25
1.3 A REFORMA DO ESTADO E A CRIAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.....	32
2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SENTIMENTO CONSTITUCIONAL E CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE: UMA APLICAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE QUE EMANA DA CF/88.....	48
2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	50
2.2 O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL.....	55
2.2.1 O Sentir Como Componente da Vida em Sociedade.....	56
2.2.2 A Presença do Sentimento Constitucional na CF/88.....	57
2.2.2.1 O Sentimento Constitucional como elemento de construção da cidadania e de garantia do Direito à saúde.....	58
2.2.2.2 Formas de manifestação do sentimento constitucional no Brasil.....	60
2.2.2.3 A “apatia” constitucional.....	65
2.2.2.4 <i>Ter</i> Constituição e <i>estar em</i> Constituição.....	67
2.2.2.5 O atual sentimento constitucional brasileiro em relação ao Direito à saúde.....	69
2.3 A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE.....	73
2.3.1 A Constituição Dirigente e a Soberania no Mundo Globalizado.....	82
2.3.2 Constituição Constitucionalmente Adequada à Realidade Brasileira e a Política de Saúde Por Meio de OS.....	88
3 O JULGAMENTO DO STF NA ADIN 1923/98 FRENTE AS TEORIAS DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL E DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE.....	95
3.1 A ADIN 1923/98.....	95

3.2 O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS ATOS DE QUALIFICAÇÃO E DE CONTRATAÇÃO DAS OSS.....	100
3.2.1 O Poder Discricionário da Administração Pública.....	100
3.2.2 Os Procedimentos Legais de Qualificação e Contratação das Organizações Sociais de Saúde, de Acordo com a Lei 9.637/98.....	102
3.2.3 A Decisão do STF na ADIn 1923/98 e a Discricionariedade do Poder Público Para Qualificar e Contratar Organizações Sociais.....	106
3.3 A LÓGICA DOS CONVÊNIOS APLICADA ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DA SAÚDE.....	113
3.4 A DISPENSA DE LICITAÇÃO NO CONTRATO DE GESTÃO.....	119
3.5 CONTROLES PELO TCU E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	122
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	126
REFERÊNCIAS.....	133

INTRODUÇÃO

A presente dissertação realiza uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal – STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/98, que questionou a constitucionalidade das Organizações Sociais – OS, criadas pela Lei nº 9.637/98, e do art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, que prevê a dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as OS, a partir dos preceitos constitucionais relacionados ao direito fundamental à saúde.

Além dos preceitos constitucionais a análise da decisão do STF foi feita tomando-se como base as teorias do Sentimento Constitucional e da Constituição Dirigente. A opção por essas teorias sustentou-se no fato de possuírem o objetivo comum de dar maior efetividade à concretização dos direitos fundamentais delineados na Constituição e possibilitarem compreender as forças sociais presentes na conjuntura na qual o texto constitucional está inserido. Esses subsídios teóricos possibilitaram compreender as influências que o STF sofreu em seu julgamento, permitindo serem feitas sugestões para que o texto constitucional seja colocado em prática de uma maneira adequada à realidade brasileira.

Inicialmente, o projeto de dissertação se propunha a discutir a constitucionalidade da celebração de Contratos de Gestão e a atuação das OS na área da saúde. Essa proposta estava atrelada ao fato de que há dezesseis anos a ADIn nº 1.923/98 estava em trâmite no Supremo sem ser julgada. Esta situação agravava-se pelo fato de que, naquele momento, o julgamento da Ação encontrava-se suspenso, a mais de três anos, a partir do pedido de vistas do Ministro Marco Aurélio, no ano de 2011.

Durante o período em que a dissertação começou a ser elaborada, o STF, após tantos anos de espera, repentinamente, julgou a Ação de forma contrária à expectativa que havia entre os estudiosos da saúde pública, os trabalhadores da saúde, bem como de parcela significativa da sociedade civil organizada nas entidades representativas de luta pela saúde pública brasileira, que esperavam que ele decidisse pela inconstitucionalidade da Lei criadora das OS e do art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, o que representaria o resgate do Sentimento

Constitucional de valorização do Direito à saúde que houve na época da constituinte, influenciado pelo movimento da Reforma Sanitária. A luta entre os defensores do SUS e as forças contrárias aos princípios norteadores que sustentaram o projeto constitucional de uma saúde pública universal, integral e igualitária, ao deixar evidente a força do capital na desconstrução do desenho constitucional, desencadeou um processo de descrença no projeto original, muitas vezes reforçado pela ineficiência do Estado em colocar em prática a promessa constitucional. Neste contexto, uma decisão que julgasse inconstitucionais a lei e a norma citadas também representaria um resguardo ao texto constitucional e ao espírito da lei, por parte do Supremo. Mas, não foi isso que aconteceu, o STF decidiu pela constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 e, assim, se posicionou favorável à contratação das OSS, e também reconheceu ser constitucional o artigo 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, frustrando toda a expectativa dos defensores do SUS.

Diante de tal decisão, a pesquisa se reformulou, e passou a incluir em sua análise a recente decisão, frente a necessidade de ajustar o curso do projeto para que ele também considerasse as inconsistências jurídicas e políticas do veredito do Supremo Tribunal Federal, de modo a analisá-lo dentro da lógica administrativa constitucional, com o fundamento de duas importantes teorias constitucionais, a do Sentimento Constitucional e a da Constituição Dirigente.

O referido julgamento representa um marco na história dessa modalidade de contratação com o Poder Público, mas não pode ser considerado como o fim do debate que foi travado por mais de três décadas. Na verdade, o julgamento da ADIn, deve ser encarado como um novo paradigma dessa contenda no campo jurídico, uma vez que, até o Acórdão ser proferido pelo Supremo, muito foi discutido pela doutrina sobre esse assunto e muitas críticas foram feitas ao sistema de contratação das OS. Assim, a decisão do STF pode significar, na prática, o início de uma nova etapa, agora alimentada pela necessidade de questioná-la, a partir de suas inconsistências, incoerências teóricas e jurídicas, bem como a sua influência nos rumos que a política de saúde tomará.

A pesquisa ora apresentada se insere no Projeto denominado “Complexo Econômico Industrial da Saúde (CEIS) – Inovação e Dinâmica Capitalista: desafios

estruturais para a construção do sistema universal no Brasil”, financiado pelo CNPq (Chamada MCTI/CNPq/CT – Saúde/MS/SCTIE/Decit nº 41/2013), coordenado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, na pessoa da professora Lígia Bahia, em parceria com outras Universidades e centros de pesquisa do país. A participação nesse projeto se dá por meio do Biogepe – Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética, coordenado pela Prof^a. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. Foi a partir dos debates e estudos advindos desse grande Projeto que se tornou possível refletir acerca das complexidades que envolvem a contratação de Organizações Sociais.

Da mesma forma, os debates travados nos seminários da Rede do Projeto de Pesquisa e as reuniões com os seus organizadores e pesquisadores, se destacam como momentos determinantes para a compreensão a respeito da lógica econômica, política e jurídica na qual se insere o complexo industrial da saúde e a dinâmica capitalista que se relacionam com a gestão dos serviços de saúde e, notadamente, com a transferência dessa gestão para as Organizações Sociais.

A definição das teorias de base sustentadoras do trabalho foi resultado das discussões ocorridas nas reuniões do Biogepe e no processo de orientação, que permitiram observar a pertinência e a aproximação que havia entre elas e o tema de investigação, uma vez que tais teorias possibilitariam compreender o momento histórico, político e jurídico no qual a decisão do STF se insere.

Isso porque o Brasil é um país ainda em lento desenvolvimento econômico e social, saído há menos de trinta anos de um Regime Militar autoritário que em muito ficou devendo para efetivamente concretizar um Estado social ou para garantir, na prática, direitos que, pelo menos, diminuíssem consideravelmente o “abismo” da desigualdade existente entre as classes sociais brasileiras.

Essa condição de insuficiência na implantação das políticas públicas brasileiras motivou o importante Movimento de Reforma Sanitária no Brasil, que envolveu os profissionais da área da saúde, estudiosos das políticas públicas e sociedade civil na busca por melhores condições de atendimento pelo serviço público de saúde brasileiro. Importantes vitórias foram conquistadas por esse Movimento, já que por

meio das principais queixas desse grupo e dos debates promovidos por eles houve uma conscientização nacional e a manifestação de um sentimento comum por toda a sociedade brasileira, em prol do planejamento e da construção de um sistema público de saúde forte e capaz de atender toda a população com dignidade.

Com isso, a CF/88 inseriu em seu texto o Direito à saúde no rol de direitos fundamentais sociais e de valorização da cidadania, determinando ao Estado o dever de prestá-lo por meio de serviços gratuitos, universais e integrais. Para colocar em prática esses objetivos a Constituição criou o Sistema Único de Saúde - SUS. A valorização dos direitos fundamentais e o conteúdo reformador são características importantes presentes em todo o texto da CF, que não restringe ao Direito à saúde.

Todo o histórico e a estrutura mencionados podem ser satisfatoriamente analisados e compreendidos por meio das teorias do Sentimento Constitucional, apresentada por Lucas Verdú, e da Constituição Dirigente, cujo o grande expoente é o autor português José Joaquim Gomes Canotilho, jurista cuja teoria é trabalhada e aplicada ao Direito brasileiro por autores como Gilberto Bercovici, Lênio Streck e Nelson Camatta Moreira, que avaliam a Constituição ora vigente no Brasil a partir de uma análise de Constituição constitucionalmente adequada à realidade brasileira.

Apesar das importante normas contidas na CF/88, na prática, na década de 1990, o Governo Federal brasileiro, em vez de adotar medidas e políticas públicas eficazes que materializassem os preceitos valorizadores dos direitos fundamentais que estavam presentes na Constituição, iniciou uma série de reformas no Estado com o objetivo de responder às expectativas neoliberais do mercado e dos financiadores das dívidas públicas do país, uma estratégia que fazia parte dos interesses e objetivos do grupo político que estava à frente do Poder Executivo Federal.

Na esteira dessa diretriz política de matriz neoliberal foi estruturado o que ficou conhecido como “Plano Bresser da Reforma do Estado”, que incluiu, na prática, a privatização de empresas estatais, o subfinanciamento do SUS, o direcionamento de investimentos e benefícios em prol dos planos privados de saúde e o fomento à parceria entre o Ente Público e Entidades privadas para prestarem alguns serviços públicos, dentre eles o de saúde, como no caso das OSS, criadas em 1998. O

Governo Federal justificou essa estratégia sob o argumento de que, assim, estaria efetivando a complementaridade do serviço público de saúde pelo particular, como é permitido pela CF.

Além disso, chama a atenção o fato de que ADIn n° 1.923/98 foi proposta por dois partidos políticos que à época faziam parte da oposição ao Governo Federal (o PT – Partido dos Trabalhadores e o PDT – Partido Democrático Trabalhista). Entretanto, a partir do ano de 2002, com a posse do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o PT chegou ao poder e também conseguiu eleger a maioria de sua base aliada para ocupar as cadeiras do Congresso Nacional. Porém, contraditoriamente à fundamentação utilizada para fundamentar os pedidos da ADIn, a chegada do PT ao poder não representou nenhuma mudança significativa no cenário da saúde pública brasileira. Pelo contrário, a Administração Federal petista deu continuidade à política implementada pelo Governo anterior, algo que moralmente pode ter representado a derrota da Ação Direita de Inconstitucionalidade n° 1923/98 e que demonstrou mais uma vez a força do mercado e dos fatores reais de poder que ainda se mantêm inalterados na sociedade brasileira nessas décadas. Agora, uma estratégia política que deveria ser complementar e deveria ser utilizada apenas em casos excepcionais começou a se tornar a regra em todo o Brasil, e a tendência é que esse modelo se fortaleça ainda mais após a decisão do Supremo, algo que é preocupante.

Com efeito, a questão que se coloca a partir do julgamento do STF e que motiva a elaboração da presente dissertação está na dúvida que ela suscita relativa à possibilidade de a decisão tomada pela Corte Constitucional brasileira em relação à ADIn n° 1.923 estar, ou não, de acordo com a CF/88 e o Sentimento Constitucional manifesto por ela, calcado em uma Constituição Dirigente e em um constitucionalismo que deve ser constitucionalmente adequado à realidade brasileira.

A hipótese que decorre desse questionamento é a de que a decisão do STF fere o Sentimento e o Dirigismo constitucionais presentes na Constituição Federal de 1988 em relação ao Direito à saúde, apesar de todo o histórico de debates e lutas políticas vividas até aqui – onde a promulgação da CF/88 representa um grande marco. Isso mostra que esse sentimento não está consolidado em todas as esferas

da sociedade brasileira, principalmente entre os Poderes do Estado. E o julgamento do Supremo na ADIn nº 1.923 apenas fortalece um sentimento de apatia, que não dá a devida importância a esse direito que é garantido constitucionalmente. Isso mostra a necessidade de haver um resgate do sentimento constitucional que existiu no momento da elaboração do texto constitucional ora vigente para que seja possível ver consolidado na prática o projeto de sociedade construído por ele.

Esse cenário, que evidencia a falta de efetividade prática das normas dirigentes contidas na CF, marca a realidade atual e explica o porquê de uma decisão como a proferida pelo STF na ADIn nº 1.923 ser tomada. Conseqüentemente, para mudar isso, a primeira coisa que precisa ser feita é uma renovação da consciência (do sentimento) que os cidadãos brasileiros possuem em relação à Constituição pátria e ao Direito à saúde que ela garante, de modo que os brasileiros compreendam o complexo jogo de interesses que está por trás da decisão do Supremo, ao legitimar a atuação de entidades privadas na prestação de um serviço público, que apesar de não ser exclusivo do Estado é um dever dele.

Para confirmar ou negar tal hipótese buscou-se resgatar um pouco da histórica luta travada pelo Movimento da Reforma Sanitária, destacando a continuação da sua importância e influência, que ainda hoje permanece, por meio de entidades como o CEBES - Centro Brasileiro de Estudos de Saúde e a ABRASCO - Associação Brasileira de Pós-graduação em Saúde Coletiva, ambas com significativa participação no processo de compreensão das mudanças estruturais que ocorreram na política de saúde após a implantação do projeto da Reforma do Aparelhamento do Estado. Buscou-se também apresentar as normas jurídicas brasileiras, constitucionais e infraconstitucionais, relativas ao Direito à saúde e aos serviços públicos relacionados a esse direito fundamental, analisando-os a partir das teorias do Sentimento Constitucional e da Constituição Dirigente como importantes instrumentos de debate e luta em prol da efetivação do Direito à saúde tal como ele é concebido pela CF/88. Por fim, objetivou-se analisar a decisão do STF na ADIn nº 1.923 à luz das normas constitucionais e das teorias de Sentimento Constitucional e da Constituição Dirigente, considerando os argumentos normativos, doutrinários e jurisprudenciais.

Tendo em vista o histórico de alterações normativas e políticas que o Direito à saúde sofreu no Brasil e a importância do tema ora discutido, a abordagem metodológica utilizada é materialista histórica dialética, pois ela permite apresentar soluções diante dos contrastes que existem entre a norma constitucional estabelecida e a prática hoje realizada pelas políticas públicas em saúde, que cada vez mais adotam a estratégia de contratação das OSS em detrimento de um investimento maior na Administração Pública.

A importância de uma abordagem dialética neste trabalho se dá porque essa metodologia permite compreender o objeto da pesquisa e fornece meios que contribuem para a transformação da realidade, a partir da ideia de que o mundo é composto por inúmeras relações e processos que, de alguma maneira, interagem entre si, onde cada ser ou cada objeto nunca estará isolado por completo dos demais e essas interações é que fazem com que as coisas, os objetos e as relações se transformem. A dialética marxista também se mostra adequada pela sua compreensão a respeito da contradição, que compreende ser a negação da negação também um importante fator transformador.

Neste trabalho, esses aspectos são considerados no raciocínio de que há uma transformação negativa na realidade da saúde brasileira, no que tange à relação entre o Estado e as OSS, por influência das forças de mercado e pela busca incessante do lucro, algo que afeta diretamente o Direito à saúde tal como foi idealizado pela Constituição Federal de 1988, pois a priorização do capital e dos serviços oferecidos por entidades privadas (que se utilizam de uma lógica de mercado em suas atividades e baseiam a busca de efetividade em motivos econômicos, por meio de práticas de corte de gastos e busca de lucro), em detrimento de um investimento na atuação direta da Administração Pública (que atua a partir da perspectiva do serviço público e preocupa-se essencialmente com a cidadania, a democracia, os direitos fundamentais e enxerga na burocracia estatal um instrumento de garantia e de preservação de direitos) é claramente uma ideia contrária a toda a lógica constitucional brasileira.

No primeiro capítulo foi trabalhada a contextualização do momento atual da saúde brasileira e da política pública de contratação de Organizações Sociais,

relacionando-os aos avanços conquistados pelo movimento de Reforma Sanitária com os efeitos provocados pela Reforma de Aparelhamento do Estado realizada pelo Governo Federal, iniciada durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso e mantida pelos governos seguintes.

O capítulo segundo se ocupou de trazer para o debate os conceitos de Estado Democrático de Direito, Sentimento Constitucional e da Teoria da Constituição Dirigente, com vistas a explicar melhor os efeitos que deveriam ser materializados no serviço de saúde brasileiro, a partir das determinações da Constituição do Brasil e dos direitos concedidos por ela aos cidadãos, por serem teorias que contextualizam e explicam o que representam esses direitos e por serem instrumentos teóricos capazes de influenciar a prática da política brasileira a melhores horizontes.

O terceiro capítulo, por sua vez, analisou os detalhes dos argumentos utilizados pelo STF no julgamento da ADIn nº 1.923/98 e os contrapôs às normas constitucionais brasileiras e às teorias trabalhadas no segundo capítulo da presente dissertação. A partir disso, ficou evidente a grande discrepância que existe entre a decisão do Supremo e o projeto de sociedade contido na CF/88. A conclusão que se chega, então, é a de que, para ser efetivado o Direito à saúde tal como concebido pelo texto constitucional brasileiro, não basta apenas *ter* uma Constituição que se propõe a ser Democrática e de Direitos, é preciso que os cidadãos se apropriem do sentimento manifesto por meio dela e que lutem para vê-lo concretizado na prática, pois o “sentir” jurídico-constitucional e o dirigismo constitucional em relação à saúde pública só poderão ser vistos na prática quando houver uma participação real da sociedade em prol do cumprimento das normas relativas à prestação do Direito à saúde nos moldes do SUS.

Por derradeiro, nas considerações finais é realizada uma síntese de todas as reflexões que foram feitas nos capítulos anteriores e é apontado um caminho possível de ser trilhado para enfrentar o problema trabalhado nesta dissertação, para que, assim continue a saga iniciada pelo Movimento de Reforma Sanitária em busca de um futuro melhor para o serviço público de saúde brasileiro, estribado na garantia constitucional dada a esse direito fundamental dos cidadãos brasileiros.

1 O SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO E A INSERÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

O Direito à saúde, amplamente tratado e garantido pela Constituição da República de 1988, somente após muitas lutas ideológicas e debates conseguiu alcançar a amplitude e importância que hoje possui, passando a ser considerado um direito social fundamental, o qual o Estado tem o dever de garantir por meio de políticas públicas.

O universo acadêmico onde este trabalho foi elaborado é eminentemente jurídico. Apesar disso, ele promove o diálogo e a interdisciplinaridade com outras áreas e ciências. Isso é possível porque o Direito é um campo que relacionado a todas as áreas da sociedade, e essa característica do direito precisa ser valorizada em debates e produções acadêmicas. Por isso, como a pesquisa ora apresentada se propõe a analisar uma decisão judicial que diz respeito às políticas estatais de saúde pública e se utilizará, para isso, da teoria do sentimento constitucional, é mister trazer considerações sobre a construção histórica da saúde pública brasileira, haja vista que tal teoria trabalha com elementos históricos, culturais e jurídicos. Essa abordagem possibilitará situar melhor o leitor especialista da área jurídica sobre a realidade atual do sistema de saúde brasileiro, sobre os fatores que caracterizaram a maneira como a Constituição Federal aborda o Direito à saúde, e a respeito dos fatores que influenciaram a adoção da política de contratação das Organizações Sociais da maneira que ela se realizou.

Da igual forma, o tema ora abordado trata de um assunto que é de grande interesse dos profissionais da saúde e daqueles que continuam lutando pela implantação dos objetivos traçados pela Reforma Sanitária. Em decorrência disso, é necessário que os assuntos relativos ao direito, as terminologias específicas e as teorias, sejam abordados de uma forma que seja compreensível para quem não possui uma formação de base jurídica, para que esse texto seja acessível e compreensível ao maior número de pessoas possível.

1.1 A IMPLANTAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Durante os mais de quinhentos anos de história do Brasil a saúde pública começou a tomar forma e ser implementada pelo Governo Federal de maneira mais específica e mais séria no início do século XX, por meio de campanhas autoritárias, realizadas em moldes similares a ações militares, por meio de intervenções e políticas que, em vez de informar e conscientizar, impunham deveres e obrigações de maneira imperiosa.

Para se ter uma ideia do obsoletismo da saúde pública brasileira até poucos séculos atrás, o historiador Laurentino Gomes (2007, p. 110) relata que no início do século XIX, antes da chegada da família real portuguesa do Brasil fugindo dos ataques de Napoleão Bonaparte, em 1808, o que se encontrava no território que hoje é o Brasil era um “amontoado de regiões mais ou menos autônomas, sem comércio ou qualquer outra forma de relacionamento, que tinham como pontos de referência apenas o idioma português e a Coroa portuguesa”. Não havia sequer comunicação entre as Capitânicas, uma ignorava a existência da outra.

Nessa época não havia unidade e nem identidade das pessoas como um povo. O Brasil era um território predominantemente agrário, escravocrata, e com uma expansão urbana ainda embrionária (HOLANDA, 2014, p. 103). Tudo isso junto fazia com que não existisse organização entre as pessoas e impossibilitava qualquer movimento crítico por parte delas em relação às políticas públicas praticadas pela Coroa.

A formação social e econômica do Brasil colonial já evidenciava a dificuldade de serem adotadas políticas públicas pelo fato de que a sociedade era bipolarizada, aonde de um lado estavam os grandes latifundiários e os grandes mercadores, e de outro estavam “pequenos proprietários, índios, mestiços e negros, sendo que entre os últimos pouca diferença havia” (WOLKMER, 2015, p. 53). Assim, aqueles que tinham influência para com o Rei e com o Imperador representavam a grande minoria da população, formada por pessoas ricas, que tinham condições de arcar

com as despesas particulares de saúde, enquanto a grande massa não tinha influência ou sequer tinha direitos.

A saúde era absurdamente precária. 'Mesmo nos centros mais importantes da costa era impossível encontrar um médico que tivesse feito um curso regular', conta Oliveira Lima, baseando-se nos relatos do comerciante inglês John Luccock, que a partir de 1808 viveu dez anos no Rio de Janeiro. 'As operações mais fáceis costumavam ser praticadas pelos barbeiros sangradores e para as mais difíceis recorria-se a indivíduos mais presunçosos, porém, no geral igualmente ignorantes de anatomia e patologia'. A autorização para fazer cirurgia e clinicar era dada mediante um exame perante o juiz comissário, ele próprio um ignorante da ciência da Medicina. Os candidatos eram admitidos nessa prova se comprovassem um mínimo de quatro anos de prática numa farmácia ou hospital. Ou seja, primeiro se praticava a Medicina e depois se obtinha a autorização para exercê-la. (GOMES, 2007, p. 113).

Nos anos que seguiram a saúde se desenvolveu de forma extremamente lenta, não tendo nenhum avanço significativo até o início do século XX. Além disso, quando essas políticas começaram a ser implementadas, não foram bem aceitas pela população, pelo fato de utilizarem métodos comparáveis com os utilizados em intervenções militares, sendo o caso da "revolta da vacina" um marco importante disso, que ocorreu após a campanha de vacinação obrigatória contra a varíola, liderada pelo então Diretor Geral de Saúde Pública, Oswaldo Cruz.

Sônia Fleury (2009, p. 744) destaca que a partir da década de 1930 as políticas sociais brasileiras se desenvolveram, configurando determinado padrão e passando a combinar um modelo de seguro social na área da previdência (que incluía a atenção à saúde) com um modelo assistencial para a população sem vínculos trabalhistas formais, como parte de um processo mais geral de construção de um Estado moderno, intervencionista e centralizado, após a revolução de 1930. Por conseguinte, a autora destaca que esse modelo sofreu uma mudança paradigmática após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Entre os governos do Presidente Getúlio Vargas (1930 – 1945) e o período de ditadura militar (1964 – 1984), o sistema de proteção social foi expandido, mas ainda não de maneira suficiente para corresponder às necessidades da população, já que, como nos chamam a atenção Paim *et al* (2001, p. 16), nesse período "o processo de tomada de decisão e a gestão do sistema eram realizados sem participação da

sociedade e estavam centralizados em grandes burocracias. O sistema de proteção social era fragmentado e desigual”.

O sistema de saúde era gerido pelo Ministério da Saúde, que recebia poucos recursos federais, e pelo sistema de assistência médica da previdência social, que não era universal e tinha regras que diferenciavam as coberturas dos serviços de saúde pública entre os contribuintes, que eram separados conforme os institutos de aposentadoria e as categorias de ocupação trabalhista de cada um, entre metalúrgicos, ferroviários, bancários, etc (FINKELMAN, 2002, p. 240). Conseqüentemente, quem trabalhava na informalidade e quem estava desempregado tinha oferta restrita e inadequada de serviços, por meio de poucos atendimentos públicos. Tais pessoas eram obrigadas a recorrer aos atendimentos filantrópicos ou aos serviços privados.

Após o golpe militar, em 1964, o sistema de saúde passou a ser direcionado para uma lógica privada, principalmente nas grandes cidades. A expansão do atendimento privado de saúde foi tão grande que, entre 1970 e 1974, foram disponibilizados recursos do orçamento federal para reformar e construir hospitais particulares. Além disso, a responsabilidade pela oferta da atenção à saúde foi estendida aos sindicatos, enquanto instituições filantrópicas ofereciam assistência de saúde a trabalhadores rurais. Os subsídios diretos a empresas privadas para a oferta de assistência médica a seus empregados foram substituídos por descontos no imposto de renda, o que levou à expansão da oferta dos cuidados médicos e à proliferação de planos de saúde privados. (PAIM, *et al*, 2001, p. 17).

Desde então, se verificou o mercado empenhado para inserir no Brasil uma lógica privatizadora, pois enxergou no país um ótimo local para destinar investimentos e obter lucros, mesmo sendo um local onde a maioria da população é composta de pessoas de baixa renda, que, de maneira geral, não têm condições de pagar pelos serviços privados de saúde.

Milton Santos (2001, p. 67) afirma que, com a globalização, a política passou a ser feita pelo mercado, um mercado que, segundo ele, “não existe como ator, mas como uma ideologia, um símbolo”. Os atores, neste caso “são as empresas globais, que

não têm preocupações éticas, nem finalísticas e pressionam o Estado para que ele não seja solidário”.

Por isso, a relação íntima entre Estado e mercado faz com que os objetivos de solidariedade sejam deixados em segundo, terceiro ou até quarto plano em um país, para que os interesses do mercado sejam priorizados. Um bom exemplo disso, ocorrido no período da ditadura militar, é relatado por Finkelman (2002, p. 241), quando, no ano de 1968, o então Ministro da Saúde, Leonel Miranda, tentou implementar o Sistema Nacional de Saúde – SNS, a partir de diretrizes de universalização e gratuidade, mas não obteve sucesso, pois a pressão do mercado era impediu que tais preceitos fossem implantados.

1.2 A REFORMA SANITÁRIA E A CRIAÇÃO DO SUS

Em meados da década de 1970, no contexto da Ditadura Militar, a luta pela redemocratização brasileira adquiriu força, a partir da influência de discursos propagados discretamente nas universidades, críticas veladas ao governo feitas por artistas dos mais variados ramos, e pela atuação de movimentos sociais, a população começou a se movimentar e se unir em prol da redemocratização do Brasil.

Sônia Fleury (2009, p. 745) explica que, em um primeiro momento, a disseminação de ideias contrárias ao Governo Militar surgiu a partir de algumas experiências inovadoras desenvolvidas por prefeituras oposicionistas ao Governo. Em segundo lugar, ela destaca que houve mudança de postura no interior de órgãos centrais e responsáveis por políticas sociais, aproveitando as brechas que a crise financeira e a crise do modelo de políticas públicas deixaram em todo o país. Em terceiro lugar, houve um fortalecimento das capacidades técnicas dos partidos políticos e do parlamento, que os fez incluírem em seus discursos os conceitos sociais de sociedade e projetos para a construção de uma sociedade democrática.

Com efeito, os debates sobre a transição do governo militar para um modelo democrático e de valorização das políticas sociais se fortaleceram e, nessa esteira,

estavam incluídos os serviços públicos de proteção e preservação da saúde. Mas, diferente do movimento que emergiu no Brasil, nos principais países ocidentais os movimentos de reforma seguiam o sentido contrário daquele que aqui se tentava implantar, já que os países que implantaram mais fortemente os padrões do Estado de Bem-Estar Social começaram a questionar tais políticas (PAIM, *et al*, 2001, p. 16 e 17).

Isso, como se verá adiante, no longo prazo, acarretou em algumas dificuldades para o Brasil, uma vez que grande parte dos países que tinham relações próximas com o mercado brasileiro buscavam influenciar as políticas do país de modo a alinhá-las àquelas praticadas por eles. Todavia, a realidade brasileira era muito diferente das vividas nos países mais desenvolvidos economicamente e socialmente, porque, até então, o Estado de Bem-estar social foi implantado de uma maneira muito deficiente por aqui. Logo, o Governo do Brasil abandonar as políticas sociais, ou não lhes dar prioridade, seria viver uma grande utopia. Por isso, em meio aos debates pela redemocratização do país, a valorização dos direitos e das políticas sociais tomaram força.

Os apoiadores da Reforma Sanitária brasileira, alheios às influências pessimistas dos países mais desenvolvidos, estabeleceram as bases teóricas que fundamentaram a construção de um novo projeto de saúde. Para isso, realizaram uma revisão da concepção marxista de Estado, formularam uma nova leitura e adotaram uma postura crítica a respeito da saúde coletiva, como explica Sônia Fleury (2009, p. 746):

A concepção do marxismo contemporâneo sobre o Estado tem início com a ruptura que a obra de Gramsci introduz; ao compreender o Estado, para além de suas funções repressivas de tutela de uma sociedade de classes, como exercendo um papel fundamental em sua função pedagógica de construção, consolidação e reprodução da direção cultural da classe hegemônica. O Estado ético, ou civilizatório, corresponderia à elevação das massas, por meio de políticas públicas, ao nível cultural correspondente ao desenvolvimento das forças produtivas. Portanto, o Estado cumpre um papel fundamental na consolidação dos avanços do processo civilizatório.

O que a autora explica no trecho citado acima é a importância e a influência da obra do neomarxista Antônio Gramsci para a concepção contemporânea de consolidação e transformação hegemônica dentro do Estado. Neste ínterim, para se ter um Estado

ético, ou civilizatório, seria necessário que houvesse uma transformação nas bases da sociedade que só seria possível por meio de um processo de fortalecimento das políticas públicas e da construção de um país que diminuísse as diferenças sociais e valorizasse os cidadãos.

O citado autor italiano elaborou uma ideia de “Estado ampliado” e inovou com a construção dessa concepção do Estado moderno. Nela a relação entre Estado e sociedade civil é dialética na maneira de superar os conflitos e a sociedade civil é formada por um conjunto de instituições que representam interesses de grupos determinados dentro do corpo social. Podem ser destacados dentre esses grupos os partidos políticos, as escolas e o sistema de ensino, as igrejas, os sindicatos, os veículos de comunicação em massa, as associações de empresas e tantas outras organizações, todos eles grupos e instrumentos sociais considerados como pertencentes à “superestrutura” do Estado. (KROHLING, 2014, p. 78).

Assim, diante da multiplicidade de áreas incluídas na estrutura do Estado, a valorização de todas elas como igualmente importantes faria com que houvesse uma maior harmonia na sociedade. As políticas públicas de saúde também estariam inseridas nesse novo conjunto, dentro das políticas públicas de inclusão, que naturalmente são catalisadoras de uma transformação de todo um país.

Na prática, os primeiros contornos de uma movimentação em prol da Reforma Sanitária podem ser percebidos no governo de Ernesto Geisel, entre os anos de 1974 e 1979, quando o então presidente promoveu uma abertura política no país, sob o lema “abertura lenta, gradual e segura”. Nesse período emergiram novos atores e novos movimentos sociais, que incluíram e destacaram entre as pautas de suas demandas reivindicatórias contra o governo medidas para garantir maior atenção em serviços e ações de saúde. (FINKELMAN, 2002, p. 246).

Nessa época o país vivia uma grande crise econômica, que acabou causando um efeito duplo na questão do serviço da saúde, pois a crise, logicamente, afetou de maneira negativa a renda das pessoas, diminuiu as ofertas formais de emprego e enfraqueceu a distribuição da renda. Em geral, a crise agravou a já baixa qualidade de vida dos brasileiros, e também gerou um clamor maior da população por serviços

públicos e gratuitos. Entretanto, um momento de crise como esse, logicamente, também faz as receitas fiscais e as contribuições diminuírem, algo que afeta os recursos públicos de saúde. E foi o que aconteceu no Brasil.

O cenário brasileiro da época, segundo Finkelman (2002, p. 246), apesar de desesperançoso, foi positivo, porque contribuiu para que o movimento pela Reforma Sanitária se consolidasse no país e levantasse, como principais bandeiras:

1) a melhoria das condições de saúde da população; 2) o reconhecimento da saúde como direito social universal; 3) a responsabilidade estatal na provisão das condições de acesso a esse direito; 4) a reorientação do modelo de atenção, sob a égide dos princípios da integralidade da atenção e da equidade; 5) a reorganização do sistema com a descentralização da responsabilidade pela provisão de ações e serviços.

A partir desses pressupostos, é possível perceber, em síntese, que a concepção política e ideológica do movimento de reforma sanitária defendia a saúde não apenas como um tema exclusivamente e simplesmente biológico (que deveria ser resolvido por meio de serviços médicos especializados), mas também a entendia como uma questão política e social, que deveria ser abordada de maneira clara e pública pelo Governo.

Nessa luta, destaca-se o engajamento e a participação direta de professores de saúde pública, de pesquisadores da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, dos profissionais de saúde de orientação progressista, das organizações da sociedade civil, além de membros e participantes dos movimentos de base e dos sindicatos. Por conseguinte, com o crescimento do movimento reformista novos aliados foram surgindo, dentre eles políticos – parlamentares progressistas; gestores da saúde e variados movimentos sociais, que contribuíram para, a partir do ano de 1979, serem realizadas reuniões de gestores e técnicos municipais, acarretando na criação do CONASS - Conselho Nacional de Secretários de Saúde, no ano de 1980 (PAIM, *et al*, 2001, p. 16 e 17).

Durante o período do movimento de reforma sanitária também surgiram duas importantes instituições de luta em defesa da saúde, que são: o CEBES - Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, fundado no ano de 1976, que efetivamente

organizou o movimento da reforma sanitária e a ABRASCO - Associação Brasileira de Pós-graduação em Saúde Coletiva, em 1979, que também contribuiu para o movimento como uma espécie de base institucional da reforma. É importante destacar que ambas as instituições ainda compartilham do mesmo sentimento que havia nas décadas de 1970 e 1980, em relação à saúde pública, e permanecem firmes até hoje motivadas em prol dos mesmos objetivos.

Em 1986, a 8ª Conferência Nacional de Saúde, foi emblemática. Nela os participantes e articuladores do Movimento de Reforma Sanitária elaboraram o conceito de saúde como sendo um direito do cidadão e delinearam os fundamentos daquilo que posteriormente viria a se tornar o SUS, a partir do desenvolvimento de estratégias que visavam a coordenação, integração e a transferência de recursos entre as instituições de saúde federais, estaduais e municipais. Além disso, esse evento abriu espaço para a participação de vários segmentos técnicos, para além da área da saúde, e deu voz a representantes de usuários dos serviços de saúde. Assim a 8ª Conferência permitiu a participação direta da sociedade civil, enquanto as outras sete Conferências anteriores foram estritamente técnicas, com um predomínio de participantes especialistas da área da saúde, dentre os quais, em sua maioria, eram vinculados ao Ministério da Saúde e envolvidos com práticas do dia-a-dia sanitário. (PAIM, *et al*, 2001, p. 17 e FINKELMAN 2002, p. 246).

A VIII Conferência, então, foi capaz de consolidar e estruturar todas as reivindicações que vinham sendo feitas para a saúde pública nos anos anteriores. Por tudo isso, ela é um grande marco. Essa Conferência deixou evidente que o movimento de reforma sanitária tinha tomado uma dimensão imensurável. Tais fatos, juntos, levaram o movimento a uma grande vitória, pois os seus ideais influenciaram diretamente o trabalho da Assembleia Nacional Constituinte, entre os anos de 1987 e 1988, culminando, com isso, na aprovação da reforma sanitária e representando a sua vitória formal.

Neste ínterim, o Poder Constituinte, que, segundo Adriano Sant'Ana Pedra (2012, p. 02), é um poder inicial, ilimitado/autônomo e incondicionado que elabora uma nova Constituição, valorizou abertamente no texto da Constituição Federal de 1988 os

direitos sociais ligados à cidadania e incorporou um modelo de seguridade social que engloba assistência social e o Direito à saúde.

Dentre as questões apresentadas pelo movimento de Reforma Sanitária Brasileira, a atual Constituição, no seu artigo 196, reconheceu que o direito à prestação do serviço de saúde é um dever do Estado, que precisa ser garantido por meio de um conjunto de políticas econômicas e sociais que visem reduzir o risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Para efetivar tais propósitos foi criado o SUS – Sistema Único de Saúde, apesar de ainda não ter tido o investimento e a atenção necessários para a sua implantação adequada aos termos da Constituição, tem como principais características: acesso universal; gratuidade dos serviços; abertura para a participação popular e a descentralização, por meio da participação integrada entre União, Estado e Municípios.

Por conseguinte, o artigo 197 do texto constitucional afirma que a prestação do serviço de saúde deve ser executada diretamente pelo Ente Público ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Esses preceitos da nova Constituição estabeleceram um novo paradigma na saúde pública brasileira, pois a partir de então o Estado não poderia se omitir em realizar ações estratégicas que fossem capazes de concretizar o plano democrático de saúde pública que foi projetado.

Paradigmas, segundo os estudos pioneiros no tema realizados por Thomas Kuhn (2001, p. 13 e 219), físico e filósofo norte-americano, a partir do ano de 1947 e publicado originalmente em 1962 no livro “A Estrutura das Revoluções Científicas”, são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

Ao estabelecer seus estudos sobre o tema dos paradigmas, Kuhn os destaca como determinantes na estrutura das revoluções científicas e afirma que ocorre uma crise no paradigma quando as diretrizes estabelecidas não são mais suficientes para responder às questões postas pela ciência. Então, essa crise deve ser superada. A

partir da superação da crise é que há o avanço, chegando-se ao estabelecimento de um novo paradigma.

Pedra (2012, p. 05), ao citar a obra de Kuhn, elucida que, para o autor norte-americano, a história, assim como a ciência, também não se apresenta de forma linear. Por isso, a evolução da ciência e da história ocorre por meio do rompimento de paradigmas, sendo os paradigmas “as maneiras de ver e encarar o mundo”.

O novo paradigma para a saúde pública brasileira, estabelecido pela Constituição vigente, criou o SUS, com o objetivo de estruturar e organizar a prestação do serviço público de saúde no país, como instrumento garantidor de um atendimento humanizado e integral, com prioridade para medidas preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

Para Sônia Fleury (2009, p. 745), a criação do SUS representa uma “virada paradigmática”, por ser um reordenamento estrutural capaz de afirmar os direitos sociais como parte da cidadania, algo do qual o Brasil ainda era muito deficiente, uma vez que havia a necessidade de serem reordenadas as políticas sociais para que elas suprissem as demandas do povo brasileiro por maior inclusão social e equidade, para eliminar os resquícios autoritários da Ditadura Militar.

Com todas as mudanças elencadas até aqui, essa “virada paradigmática”, significou, ainda, a aplicação teórica de um projeto de construção contra a hegemonia até então vivida no Brasil e que elevou o direito à saúde a um patamar acima daquele até então vivido no país. Contudo, uma mudança tão radical, apesar de ser benéfica para a maioria da população, não é tão simples, haja vista que para ela ser efetivada de fato é necessário também uma mudança cultural, política e estrutural, que não restrinja as conquistas do movimento de reforma sanitária a letras mortas de lei.

Sobre a implementação do SUS, Jairnilson Paim, *et al* (2001, p. 11), esclarecem que ela foi complicada, porque o Governo brasileiro sempre apoiou o setor privado, concentrou os serviços de saúde nas regiões mais desenvolvidas e subfinanciou o sistema público. Mas, apesar desses aspectos contrários, os referidos autores explicam que o SUS conseguiu melhorar e ampliar serviços de atenção básica,

atendimentos de emergência, assistência pré-natal, atingiu uma cobertura universal de vacinação, investiu em grande escala na expansão dos recursos humanos e de tecnologia, incluindo grandes esforços para fabricar os produtos farmacêuticos mais essenciais ao país.

Na prática, a implementação do SUS começou no ano de 1990, quando foi sancionada a já citada Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90, que estabeleceu as diretrizes do Sistema Único de Saúde, as suas atribuições e a sua organização. Isso ocorreu durante o governo do presidente Fernando Collor de Mello, sendo ele o primeiro presidente eleito por voto popular, após a ditadura militar. Entretanto, Collor não se comprometeu com as diretrizes oriundas da reforma sanitária e adotou práticas políticas neoliberais. Como se sabe, no ano de 1992, após denúncia de corrupção, Collor sofreu o impeachment. A partir de então o projeto da reforma sanitária foi timidamente retomado. Logo, se constata que os governantes brasileiros, desde o início da nova era democrática, não estavam envolvidos pelo mesmo sentimento partilhado entre os participantes da Reforma Sanitária, entre a esmagadora maioria da população e esculpido no texto da Constituição.

Como se verá no próximo tópico, apesar de toda a luta travada em prol da implantação do SUS e da adoção de características valorizadoras do Direito à saúde como inerente à cidadania, por parte da Constituição, ainda hoje as políticas de saúde brasileiras estimulam o setor privado e promovem a privatização da atenção à saúde, invertendo toda a lógica constitucional de que o Estado tem o dever de prestar o serviço público de saúde, podendo, excepcionalmente, se utilizar da iniciativa privada para complementar a sua atuação.

1.3 A REFORMA DO ESTADO E A CRIAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Paralelo ao movimento de reforma sanitária ocorrido no Brasil, mais precisamente a partir do fim da década de 1970, ocorreu ao redor do mundo o advento e o fortalecimento de ideias neoliberais em vários países influentes e que possuem

relação próxima com o Brasil, algo que inevitavelmente fez com que reflexos desses objetivos também chegassem até aqui.

O citado movimento neoliberal fomentou debates que envolviam a busca por uma maior efetividade da economia, incluindo nisso as políticas públicas, de modo que, a partir de um modelo econômico de raiz neoliberal, direta ou indiretamente, o Estado cada vez mais se afaste das políticas sociais, dando azo e fortalecendo o processo de “Globalização Corporativa Neoliberal”, ou, apenas “globalização”. (SIQUEIRA, *et al*, 2003, p. 849).

Na estrutura montada para alcançar os objetivos neoliberais podemos destacar a atuação dos Estados Unidos da América e de órgãos e fundações internacionais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, que passaram a agir como interlocutores do mercado financeiro e das grandes corporações na busca por implantar agendas recessivas para os países que procuravam neles um incentivo econômico. Todavia, para receber tais incentivos e pacotes econômicos, começaram a exigir que o país interessado tivesse uma postura e uma política de gerir seu patrimônio alinhada aos planos neoliberais.

Borges, *et al*, (2012, p. 15) chamam essa prática de “arrocho dos orçamentos públicos”. Segundo os autores, dentre as estipulações de metas formalizadas pelo FMI e pelo Banco Mundial para que seus contratantes atinjam, estão incluídas medidas como: privatizações; aumento dos juros; diminuição ou extinção de políticas protecionistas ao mercado interno e à sociedade e o corte de gastos com políticas sociais. Tais exigências não se enquadram ao sentimento de valorização à saúde pública que emana da Constituição e estão completamente desalinhados com a adequação social que ela projeta, pois políticas privatizadoras e de corte de gastos com políticas sociais, como se tem visto ocorrer atualmente no Brasil, representam uma quebra para com os objetivos traçados pela CF/88.

Referindo-se à influência externa para que o Brasil explorasse este tipo de política, Gouveia e Palma (1999, p. 141) comentam uma entrevista concedida por George Alleyne ao jornal Folha de São Paulo, em 14 de dezembro de 1998, quando ele ocupava o cargo de diretor da Organização Pan-americana de Saúde. Tal entrevista

causou espanto em muitas pessoas porque nela o entrevistado propôs ao governo brasileiro que ele se afastasse dos princípios constitucionais de valorização da saúde e adotasse uma postura de apenas garantir um conjunto básico de serviços para atender determinadas doenças, de realizar alguns procedimentos e vacinas, e de se limitar a explorar políticas sociais voltadas apenas para a atenção primária e ao saneamento. Ainda foi proposto por ele o fim da gratuidade do SUS, para deixar as principais carências sob a tutela dos planos de saúde.

Constata-se por trás das palavras de Alleyne, que a proposta neoliberal não é algo descabido e desconhecido, pois já naquela época representava claramente os anseios da política econômica internacional, que propunha ao governo local o abandono da saúde como um direito fundamental e inerente ao cidadão, para limitá-lo a ser tutelado pelo Estado somente por meio de procedimentos menos complexos e que não fossem onerosos aos cofres públicos, repassando os outros tratamentos para as instituições privadas.

Essa lógica de induzir os países a cortarem os seus gastos com as políticas sociais afeta diretamente as políticas públicas de saúde, porque estruturar e manter um país inteiro de modo que ele seja capaz de suprir as demandas de tratamentos de saúde, com hospitais, unidades de apoio, clínicas, equipamentos e recursos humanos, gera um custo muito elevado aos cofres públicos. Por isso, o mercado, quando busca implantar uma filosofia prática de total afastamento das políticas sociais nas Administrações Públicas, no fundo, deseja promover o “enxugamento” das tutelas do governo, para que a iniciativa privada conquiste mais campos de atuação e, por meio disso, o mercado fique ainda mais fortalecido. Desse modo, a saúde, na perspectiva das organizações internacionais pró-liberalismo, representa apenas um simples bem de consumo, que deve ser tratado sob os princípios do livre comércio.

Os incentivadores internacionais do mercado, como o FMI e o Banco Mundial, calcados na ideia de que a associação entre as forças do mercado e o discurso da mídia acelera a propagação do discurso hegemônico e acaba sendo legitimado, pela uniformização do pensamento das pessoas, procuram promover justificativas para legitimar a administração de bens e responsabilidades públicas por parte de particulares. Para tanto, utilizam a mídia para difundir a opinião que defende ser a

gestão privada mais eficiente do que a pública, pelo privado, diferente do Poder Público, não precisar se utilizar de estruturas muito burocráticas. Os argumentos utilizados dizem até que a eficiência da gestão privada gera um preço menor para os cofres públicos. (BORGES, *et al*, 2012, p. 15 e SANTOS, 2001, p. 35).

Porém, tal discurso, no caso das Organizações Sociais, passa longe da verdade. No município do Rio de Janeiro, por exemplo, existem 10 OS que administram 108 das 248 unidades de saúde locais. Dessas, 08 estão sendo investigadas ou processadas pelo Ministério Público, a partir de relatórios de auditorias do Tribunal de Contas do Município. As suspeitas são variadas e vão desde inadequadas condições de fornecimento de serviços aos pacientes, até possíveis desvios de recursos públicos (que podem chegar até a 508% de superfaturamento de contas, em alguns casos). (WERNECK e BOTTARI, 2016).

Em um dos casos, conforme reportagem do G1 Rio (2015), foram expedidos nove mandados de prisão contra suspeitos de desviar quarenta e oito milhões de reais de dinheiro do Governo, que foram direcionados à OSS “Biotech”, que administra dois Hospitais públicos no município do Rio de Janeiro.

Portanto, a contratação das Organizações Sociais representa um facilitador para as fraudes e para os desvios do dinheiro público. O fato de elas serem instituições privada, por si só, jamais pode ser considerado como uma vantagem ao sistema público, ainda mais quando algumas regras de organização e de controle da gestão pública são relativizadas com o fim de facilitar a atuação das OSS.

Essa política, em síntese, além de ser ineficaz e de sair mais cara aos cofres do Governo, é privatizadora da rede pública de saúde, porque faz com que o Estado delegue os seus serviços à iniciativa privada com a falsa justificativa de dar efetividade aos mesmos. Mas, ao final, acabará por proporcionar um processo privatizador do patrimônio público da saúde, delegando-o a grandes grupos internacionais do setor, que não precisarão correr grandes riscos, pois quem de fato continuará arcando com as principais despesas e que continuará tendo o dever de prestar o serviço público e garantir os direitos será o Estado. Ou seja, sob a ótica do mercado esse é um ótimo e seguro investimento!

Sobre o investimento do capital estrangeiro na área da saúde no Brasil, vale destacar o caso da venda do grupo de assistência médica AMIL Participações S/A, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, para um dos maiores grupos internacionais de saúde, a operadora dos Estados Unidos da América “UnitedHealthCare”, por dez bilhões de reais.

Sobre essa venda, a ANS (BRASIL, 2012) divulgou uma nota oficial em seu site afirmando que a participação do capital estrangeiro no sistema de saúde brasileiro já ocorria desde o ano de 1997 e complementou dizendo que isso já fazia parte do cotidiano das empresas do grupo AMIL, através da venda de ações. Portanto, essas estratégias do mercado não são algo oculto aos olhos do povo.

A nota da ANS fala em participação do capital estrangeiro na saúde brasileira a partir do ano de 1997 porque a aplicação dos propósitos neoliberais foi realizada no país com mais força a partir do Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, por meio das propostas e projetos apresentados pelo então Ministro de Administração e Reforma do Estado, Luís Carlos Bresser Pereira, que lançou no ano de 1995 o programa chamado de “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, que tinha como objetivo principal valorizar o terceiro setor de atividades, em um processo de reforma administrativa, e, assim, explorar melhor economicamente os serviços de execução não exclusiva do Estado, como saúde e educação, dentre outros.

O plano de reforma e desenvolvimento da Administração, na perspectiva de Bresser Pereira (2012, p. 112), surgiu a partir do conceito de Reforma Gerencial, que emergiu mundo afora a partir dos anos 1980, como uma resposta à demanda por maior eficiência na oferta de serviços públicos para o consumo coletivo e com o fito de legitimar o Estado Social. Ele ainda afirma que essa política é uma decorrência natural do grande crescimento do aparelho do Estado a partir da Segunda Guerra Mundial, com a mudança de uma administração burocrática para uma gerencial, em busca de dar maior eficiência aos serviços sociais e científicos prestados pelo Estado, com menores custos.

Paulo Modesto (1997, p. 02), ao comentar sobre a Reforma do Estado enquanto ela era debatida e começava a ser aplicada no Brasil, afirmou que a adoção dessa

política possuiu quatro objetivos principais, sendo um econômico, um social, um político e um gerencial. O autor especificou cada um desses objetivos como sendo:

a. objetivo econômico: diminuir o "déficit" público, ampliar a poupança pública e a capacidade financeira do Estado para concentrar recursos em áreas em que é indispensável a sua intervenção direta; **b. objetivo social:** aumentar a eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo melhor o cidadão a um custo menor, zelando pela interiorização na prestação dos serviços e ampliação do seu acesso aos mais carentes; **c. objetivo político:** ampliar a participação da cidadania na gestão da coisa pública; estimular a ação social comunitária; desenvolver esforços para a coordenação efetiva das pessoas políticas no implemento de serviços sociais de forma associada; **d. objetivo gerencial:** aumentar a eficácia e efetividade do núcleo estratégico do Estado, que edita leis, recolhe tributos e define as políticas públicas; permitir a adequação de procedimentos e controles formais e substituí-los, gradualmente, porém de forma sistemática, por mecanismos de controle de resultados. - (grifos nossos).

Nota-se, então, que os objetivos aparentemente são bons, otimistas em relação às consequências de tal política. Entretanto, os principais críticos da Reforma do aparelhamento estatal, principalmente na área da saúde, discordam da perspectiva defendida por Bresser.

Para Sônia Fleury (2009, p. 749), no que tange ao Direito à saúde, a reforma do Estado, nos moldes feitos no Brasil, representa um retrocesso importante na luta ideológica pela construção da saúde como um valor público, uma vez que hoje a saúde é vista como um bem de consumo, inserida em um sistema que prega um modelo de consumo caracterizado pela ausência da dor e do sofrimento, além de uma busca inesgotável pelo prazer e pela construção no próprio corpo de um padrão estético de beleza a ser atingido por meio de sucessivas intervenções (das tatuagens às cirurgias plásticas, passando pelas vitaminas e anabolizantes).

Para Jairnilson Paim (2013, p. 1931 e 1932), nenhum dos governos federais posteriores à Constituição de 1988 priorizou a incorporação da Reforma Sanitária Brasileira como projeto de governo, nem demonstrou um compromisso efetivo com o SUS, nos termos estabelecidos pela Constituição de 1988. Ele afirma que nesse período não ocorreu uma busca por maior eficiência no serviço público, mas sim um claro incentivo à economia e aos investimentos privados na área da saúde, já que ocorreu, inclusive, uma captura de recursos para o pagamento da dívida da União

por meio da Desvinculação de Receitas da União (DRU). Caso isso não fosse feito, o orçamento da Seguridade Social teria um superávit de 10%.

O raciocínio de Lígia Bahia (2006, p. 168) complementa tais críticas ao afirmar que a postura do Governo Federal de precarização do SUS e de ruptura com as determinações constitucionais para esse serviço fez com que o Estado passasse a oferecer isenções e deduções fiscais para empresas que pagam planos de saúde privados aos seus empregados, criasse fundos para apoiar empresas de planos privados de saúde e aplicasse uma lógica esdrúxula onde os atendimentos de serviços de saúde são definidos por um sistema de “quem pode pagar” e não baseando nas condições clínicas dos pacientes.

O Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, eleito pelo PT, um dos partidos que propôs a ADIn nº 1923, esteve à frente do Poder Executivo Federal entre os anos de 2003 e 2010 e, durante esse tempo, manteve os aspectos da política econômica de seu antecessor, não deu a atenção devida ao SUS e não combateu a política de contratações de Organizações Sociais. Por meio disso, podemos ver a força e a influência que o mercado tem tido sobre o Governo brasileiro, independente do partido que o ocupa, e a completa inversão de valores do partido ao chegar ao Executivo Federal.

Contudo, apesar de Lula e FHC não adotarem posturas de priorização do Sistema Único de Saúde em seus governos, algumas iniciativas positivas desses dois governos merecem destaque. Dentre os destaques que podem ser feitos ao período do governo de FHC estão: a criação do programa nacional de controle e prevenção do vírus HIV; os esforços para controlar o tabagismo, a criação da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária e da ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar, além da criação de um modelo de atenção à saúde indígena. Por sua vez, o governo Lula criou programas e serviços como o SAMU - Serviço de Atendimento Móvel de Urgência e o Brasil Sorridente, que é uma Política Nacional de Saúde Bucal, entre outras. (PAIM, *et al*, 2001, p. 19).

Ao mesmo tempo em que essas políticas positivas foram adotadas, também se destacam posturas negativas, já que na mesma época, houve um aumento de

incentivos do governo aos planos de saúde, com isenções fiscais que retiraram dinheiro que iria diretamente para o SUS e induziram a contratação dos planos privados de saúde. Também foram praticadas as contratações de Organizações Sociais para administrarem hospitais e estruturas da saúde pública, instituições que, supostamente sem fins lucrativos, se utilizam das regras da Lei nº 9.637 de 1998 para prestarem os serviços de atendimento ao público em saúde, sob o patrocínio do Poder Público que, além de lhes pagar pelo serviço, também lhes cede o espaço físico e disponibiliza material humano.

[...] a construção do Sistema Único de Saúde, aprovado na Constituição Federal de 1988, ocorreu em um contexto em que a disputa ideológica favoreceu amplamente o projeto neoliberal, reorganizando as relações entre Estado e sociedade em bases distintas daquelas pressupostas pelos formuladores do SUS. Foram retomadas as orientações liberais que propugnam por uma forte redução da presença do Estado, seja na economia seja nas políticas sociais. Para tanto, utilizaram-se instrumentos como a privatização das empresas estatais e mesmo de serviços sociais, a redução da pauta e/ou valor dos benefícios sociais juntamente ao aumento das dificuldades para alcançá-los, a introdução de mecanismos da economia de mercado como a competição gerenciada na organização dos serviços sociais, a redução do papel de provedor do Estado com a transferência desta competência a organizações civis lucrativas ou não. (FLEURY, 2009, p. 748).

No contexto do Plano de Reforma Estrutural do Estado é que foram criadas as Organizações Sociais, por meio da Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1988. Tal lei possibilitou à essas pessoas jurídicas de direito privado e sem fins lucrativos celebrarem um “Contrato de Gestão” com o Estado para prestarem serviços públicos que não são privativos do Estado, dentre eles os de saúde. Esse contrato passou a ser o documento que determina as atribuições, as responsabilidades e as obrigações do Poder Público e do ente privado na prestação do serviço designado.

O argumento utilizado pelos articuladores da Reforma Estrutural do Estado para fundamentar a proposta de criar parcerias entre o Ente Público e instituições privadas na prestação dos serviços públicos não essenciais, dentre eles a saúde, como no caso das Organizações Sociais, é uma parte do artigo 199, § 1º da Constituição Federal de 1988, com o suporte dos artigos 24, 25 e 26 da Lei nº 8.080/90, que possibilita às instituições privadas participar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, desde que sigam as diretrizes deste, mediante contrato

de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Com isso, para eles, o próprio Ordenamento Jurídico brasileiro abriu a possibilidade de o Sistema Único de Saúde ter particulares prestando seus serviços, mesmo que seja de maneira complementar ao serviço prestado pela própria Administração. Contudo, hoje o que se vê é o complementar virando regra, pois virou “moda” entre as administrações de Estados e Municípios brasileiros delegar a administração de serviços públicos de saúde às Organizações Sociais, tendo dezenas delas espalhadas por todo o país administrando centenas de serviços como hospitais, Pronto Atendimentos, Postos de Saúde, Hemocentros, dentre outros.

Essa compreensão do conceito de complementaridade que é estipulado pelo Ordenamento Pátrio deve ser vista e adotada de forma diferente da que vem sendo realizada, pois o objetivo dessa possibilidade é que os particulares deem suporte ao serviço público em medidas paliativas, enquanto o Estado se organiza para ter condições de assumir o serviço público por conta própria e de garantir o acesso universal à saúde. Maria Clara Mendonça Perim (2014, p. 61) afirma que a adoção da complementaridade, tanto como dos outros princípios e diretrizes do SUS, “vai numa linha que, embora não esteja na radicalidade do pensamento estatista, se coaduna com a imputação de responsabilidade ao Estado de Bem-Estar Social, já que pressupõe uma forte organização de cunho estatal”, para fins de alcançar e promover a justiça social.

Todavia, alegando estar dentro da lógica de complementaridade expressa nas estruturas da Constituição brasileira e da Lei Orgânica da Saúde, o Poder Legislativo brasileiro optou por criar as Organizações Sociais, por meio da Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1988, e oportunizar a elas a possibilidade de conseguir permissão para prestar o serviço público de Saúde do SUS, tomando a frente das estruturas de hospitais e centros de atendimento públicos, podendo inclusive aproveitar dos servidores públicos que trabalham nestes locais.

Ora, como é possível entender a utilização desses instrumentos utilitaristas incluídos no serviço público de saúde através das Organizações Sociais sob o argumento de

dar rapidez a ele e torná-lo mais eficaz, relativizando importantes normas organizadoras da Administração pública, se não for para favorecer interesses diretos do mercado e dos atores neoliberais?

E o Poder Executivo, por sua vez, se beneficia dessa lei para favorecer parceiros políticos e contratá-los, na forma de OS para controlarem o serviço público de saúde e burlarem a necessidade de organizar este serviço adequadamente às regras exigidas para a Administração Pública (que são muito mais rígidas do que para as OS), como nos casos da necessidade de serem realizados procedimentos de licitação para contratação de serviços terceirizados e nos casos em que há obrigação de ser realizado concurso público para contratar profissionais.

Neste interim, na relação entre Administração Pública e as Organizações Sociais, uma relação entre público e privado, os Contratos de Gestão são instrumentos fundamentais que vinculam essas partes dentro dos termos por elas ali ajustados. (BARBOSA e ELIAS, 2014, p. 2.492). Essa liberdade de contratação do ente público e a facilidade que a Lei das Organizações Sociais garante para ser firmada uma parceria com uma pessoa jurídica privada que irá gerir a coisa pública chama a atenção e requer um grande cuidado em qualquer tipo de análise que se for fazer.

Apesar da adoção do projeto das OS como entidades complementares ao SUS, Perim (2014, p. 109 – 111) afirma que a complementaridade deve ser encarada como um obstáculo ao projeto neoliberal e não como um incentivo ao mesmo, uma vez que a diretriz da complementaridade determina que a prestação majoritária de serviços públicos de saúde seja realizada por entidades estatais e sob o Regime Jurídico de Direito Público, haja vista ser “resultante de um processo constituinte democrático que configurou um sistema com forte caráter publicista”.

Considerando todo o histórico da saúde pública brasileira, Heloísa Mendonça Moraes, Maria do Socorro Albuquerque e Luci Praciano Lima (2014, p. 1.826) constata que atualmente existem duas situações mais flagrantes na saúde pública brasileira. Na primeira delas o setor público atua como contratante direto da prestação do serviço privado, e na outra, quase que como obrigatoriamente, ele atua como contratante das Organizações Sociais, que passam a ser responsáveis pela

gestão dos serviços públicos. As autoras concluem que o entendimento do Ministério da Saúde está subvertido em relação às diretrizes do SUS, uma vez que o MS enxerga a contratualização como parte do conjunto das políticas que reforçam o caráter público dos estabelecimentos que integram a rede SUS, seja para assegurar incentivos diretos aos privados filantrópicos, conforme previsto na Portaria nº 1.721/200511, seja para estimular a gestão de hospitais públicos pela rede privada lucrativa ou pelos filantrópicos, como prevê a Portaria nº 1.034/201012.

Com o arrimo da doutrina até aqui utilizada, podemos afirmar que testemunhamos um contexto onde os recursos públicos para financiar o serviço públicos de saúde foram desviados para serem administrados pela esfera privada/econômica durante esses quase 30 anos de Constituição, onde os valores da economia, do mercado e da iniciativa privada são prioridade em relação ao bem mais precioso dos seres humanos, a vida e a saúde. Portanto, há um desvio de recursos do SUS que claramente dificulta ainda mais a sua aproximação daquilo que a Constituição brasileira idealiza para o serviço de saúde pública. Isso tudo não é por falta de recursos, mas, simplesmente, por falta de interesse político, inclusive de governos de esquerda.

As interações e relações que configuram o panorama atual da saúde pública brasileira, incluído a utilização das Organizações Sociais na rede pública, se analisadas sobre o prisma do materialismo histórico-dialético de Marx, que considera os objetos e os fenômenos e interpreta a realidade por meio de uma visão da *práxis* das relações humanas, nos mostra que as políticas de saúde pública brasileira estão em constante transformação e desenvolvimento. Mas, nos últimos anos, o que se tem visto é uma subversão em relação aos objetivos da saúde pública formalizados pela Constituição para favorecer interesses de uma minoria privilegiada. (TRIVIÑOS, 1987, p. 51 e Marx e Engels, 1989, p. 10 – 11).

O que ocorre, como já dito antes, é que o conteúdo da saúde pública brasileira definido pela Constituição representa um novo marco em benefício da garantia desse direito para todos os brasileiros. Essa lógica é contraposta pela adoção das políticas da Reforma e Aparelhamento do Estado ocorrida na década de 1990, que adotou uma postura neoliberal diferente dos princípios estabelecidos para o SUS.

Essa dualidade em um mesmo contexto e o favorecimento das políticas da Reforma e Aparelhamento do Estado fez com que a prática das políticas de saúde se tornasse contrária à originalmente projetada pelo texto constitucional. E agora essa postura contraditória foi chancelada pelo STF por meio da decisão tomada na ADIn nº 1.923, por ela defender a constitucionalidade da Lei das Organizações Sociais e entender que para o Estado contratar uma OSS e para a esta contratar com terceiros não há necessidade de procedimento licitatório.

Todavia, como se verá ao final desta dissertação, a nova tese materializada por meio das práticas políticas neoliberais no território brasileiro após a Constituição de 1988 não são concebíveis dentro do sistema constitucional brasileiro, mesmo tendo elas recebido o aval da Corte Constitucional pátria. O presente trabalho se propõe a demonstrar isso.

O aspecto negativo da contratação das Organizações Sociais frente ao paradigma originalmente instituído pela Constituição para a saúde pública no país é destacado por Lígia Bahia (2009, p. 761), pois ela afirma que o Brasil tem pela frente o desafio de “subsidiar o conhecimento para construir o SUS e a reforma sanitária” para, com efeito, superar a rejeição e a desconfiança pela política, manifesta sob diversos rótulos, inclusive o da dissociação das relações entre democracia e saúde.

A esfera da política é destacada por Paim *et al* (2001, p. 11 e 28) como sendo o maior desafio a ser enfrentado pelo SUS, pois os autores entendem que os problemas do Sistema não poderão ser resolvidos na esfera técnica, mas apenas a partir de esforços conjuntos entre os indivíduos e a sociedade, se fazendo necessário também reestruturar os meios de financiamentos públicos e enfatizar as ações em instrumentos que viabilizam assegurar a universalidade, a igualdade e sustentabilidade no longo prazo.

Por fim, vale acrescentar o destaque que alguns autores, como Eugénio Villar e Roberto Passos Nogueira, dão a uma nova tendência de políticas públicas que surge no plano global e que pode ter influências diretas no Brasil. Tal assunto é abordado no trabalho produzido em conjunto por Júlia Arêas Garbois; Francis Sodré e Maristela Dalbello-Araújo (2014, p. 1174 e 1180), quando elas refletem sobre as

“determinantes sociais da saúde” que, influenciadas pela Organização Mundial da Saúde após a criação da Comissão Sobre os Determinantes Sociais da Saúde, em 2005, oficializou dentro do discurso mundial o alerta para a necessidade de superação das grandes iniquidades em saúde, geradas pelas políticas liberais e que incentiva “políticas pós-neoliberais de combate às iniquidades sociais e de promoção da integração progressiva dos mercados”, por meio de blocos econômicos, “nos quais os interesses de expansão do capital se situam nas entrelinhas dos objetivos de promoção à justiça social”.

Eugénio Villar (2007, p. 10) apresenta seu ponto de vista quando afirma que a conjuntura mundial da atualidade está marcada pelo início de um desgaste do modelo neoliberal, a partir das tensões geradas pela crescente inequidade como resultado negativo de uma obsessão pelo crescimento econômico em detrimento do desenvolvimento social.

Esclarece Nogueira (2009, p. 397 – 406) que há uma tendência “pós-neoliberal” no contexto mundial atual, diferente do que foi vivido nos anos 80 e 90, quando as agências internacionais orientavam os países a conter despesas públicas por meio de pacotes mínimos sociais. O autor acrescenta que, com o advento da década de 2000, alguns países começaram a ter menos dívidas externas e criaram políticas de combate à extrema pobreza, como é o caso do Brasil. Esse fator, aliado a uma tendência de fortalecimento dos blocos de integração de mercado, fez crescer um clamor por diminuição da desigualdade extrema, algo que seria benéfico ao próprio mercado, por meio do aumento no número de potenciais consumidores.

Tais fatores evidenciam a necessidade de refletirmos também sobre esse novo contexto que emerge ao redor do mundo, pois podemos estar testemunhando o fortalecimento de uma nova tendência mundial de utilização de políticas sociais, como no caso da ampliação da utilização de Organizações Sociais, mas pelos fins equivocados, por motivos não essencialmente filantrópicos, mas eminentemente mercadológicos. É importante a identificação dos fatores reais de poder que também estão por trás dos discursos de investimento no ramo da saúde, uma vez que este direito fundamental, que está em evidência na presente dissertação, pode estar

sendo usado como objeto de barganha e de enriquecimento ilícito de muitas pessoas apenas por interesses próprios.

Lassale (2001, p. 11), quando utilizou o termo “fatores reais de poder” chamou a atenção para o fato de que “as questões constitucionais são, também, questões políticas, questões de poder”, e, portanto, torna-se impossível entender completamente a Constituição se ela for analisada apenas por meio de categorias jurídicas, fora da realidade política que a cerca e fora das influências externas que ela sofre, pois os fatores reais de poder “que atuam no seio de cada sociedade são a ‘força ativa’ e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não ‘possam ser’, em substância, ‘a não ser tal como elas são’”.

A mistura entre saúde pública e interesses de mercado, como se vislumbra no panorama atual da saúde brasileira – que prioriza o aumento da participação do setor privado no meio público do serviço de saúde –, faz com que contradições surjam e que haja uma injusta competição, que leva a uma coexistência, no mesmo espaço físico, de ideologias e objetivos opostos, tais como do direito constitucional de acesso universal à saúde junto com uma política de fortalecimento do mercado. Isso mostra como os fatores reais de poder tem se manifestado na sociedade brasileira, e isso tem gerado resultados negativos na equidade, no acesso aos serviços de saúde e nas condições de saúde.

Daury Cesar Fabriz (2003a, p. 29 – 31) explica que o Século XX foi um período de grandes acontecimentos, dentre eles as Grandes Guerras, a Guerra Fria, o rápido desenvolvimento tecnológico, o início do processo globalizante e o domínio do FMI. O autor chama a atenção para a necessidade de, urgentemente, serem empreendidas novas formas de produção de políticas, de conquista da cidadania, “sem o paternalismo simbólico das velhas maneiras de conduzir o público”, entendendo ele ser necessário também uma constante teorização acerca do poder em suas diversas formas de manifestação.

Tal concepção nos conduz a refletir sobre as relações e interesses sociais que se manifestam no Brasil atualmente e que leva os cidadãos a não se rebelarem de uma maneira agressiva contra a utopia distante que tem se tornado o SUS, diante da

precarização do serviço público de saúde e do descaso do Estado para com esse direito fundamental dos brasileiros, ao sucatear a rede pública e a delegar às mãos de particulares um dever que lhe é imposto pela Constituição. O que se espera no momento atual não é uma concentração de protagonismo no Estado, pois ele já demonstrou ser falho, então é necessário um maior envolvimento por parte de toda a sociedade em prol de exigir que as políticas públicas estejam alinhadas com o interesse público e com os direitos convencionados pelo Ordenamento Jurídico brasileiro.

Fleury (2009, p. 744) chama a atenção para a necessidade de ser criado um processo permanente de reforma no sistema sanitário brasileiro para que, além de direitos constitucionalizados possamos vislumbrar no país a existência de direitos institucionalizados, construídos a partir de políticas públicas eficazes, que possibilitarão alcançar um maior equilíbrio de forças que tornarão possível assegurar a mudança na distribuição do poder, o que implica em uma permanente construção de sujeitos políticos, ou subjetivação.

Em outras palavras, os direitos constitucionalizados, se encontram na Constituição, pois formalmente garantem os direitos, a partir das motivações e do sentimento compartilhado no contexto dos trabalhos da Assembleia Constituinte e formalizados no texto constitucional, através de normas dirigentes, principiológicas, como no caso do direito à saúde inserido na CF/88. Por sua vez, os direitos institucionalizados representam a realização concreta, na prática, dos direitos constitucionalizados. Somente através da sintonia desses dois aspectos é possível ver o projeto constitucional para o Direito à saúde ser inserido naturalmente no serviço público de saúde brasileiro.

As bases legais e normativas do SUS estão estabelecidas, como demonstrado, e desde a concepção do Sistema Único já foi possível o Brasil adquirir uma grande experiência operacional. Diante disso, o momento é ainda mais oportuno para convergir esforços que garantam ao SUS se sustentar como instrumento de transformação não apenas social, mas também política, econômica, científica e tecnológica.

Como no cenário atual da saúde brasileira as propostas privatizadoras do SUS vão de encontro ao que prevê a Constituição Federal vigente, se faz importante mostrar como os cidadãos podem resgatar o sentimento constitucional que para muitos se perdeu no tempo e se posicionar em um Estado Democrático de Direito, em busca de defender os seus interesses, se aproveitando do Dirigismo Constitucional, que ainda pode ser útil como um meio de contribuir para alinhar a teoria constitucional do Direito à saúde com a prática no serviço de saúde pública do país, mais precisamente em relação à política de contratação das Organizações Sociais.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SENTIMENTO CONSTITUCIONAL E CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE: UMA APLICAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE QUE EMANA DA CF/88

Falar em Constituição, obviamente, é falar também de teoria constitucional. Para tratar sobre o tema “saúde” e sobre a política pública de contratação das Organizações Sociais após uma decisão favorável a essa política por parte da Corte Constitucional pátria é necessário ter o suporte de uma teoria, ou mais de uma que se complementam, para ser possível compreender melhor o texto constitucional e as implicações que lhes são conseqüente à na realidade da saúde pública brasileira, assim como para ter instrumentos doutrinários que contribuam para alcançar os objetivos traçados para o presente trabalho.

Em relação à Constituição, propriamente dita, é possível afirmar tratar-se de um documento elaborado por determinadas pessoas que foram incumbidas de fazê-lo e consiste em um “sistema de regras substanciais e formais, que tem como destinatários os mesmos titulares do poder”. Os textos constitucionais, portanto, não representam apenas um detalhe presente nos Estados de Direito, mas são a clara e evidente manifestação de um planejamento político e a formalização de um projeto para o futuro, que não estabelece e nem prevê seu prazo de duração, que impõe aos Poderes que ele mesmo constitui um conjunto de regras garantidoras de direitos e deveres, que possibilitam a criação e a construção de toda uma estrutura e ordem para que esses Poderes atuem de forma legítima. (STRECK, 2002, p. 43).

Um texto constitucional só será válido se o Poder Constituinte designado for considerado legítimo no contexto estrutural político do país para, com isso, ter condições de garantir a validade e o cumprimento das determinações que estarão no conteúdo da nova Constituição, caso contrário todo o esforço e trabalho terá sido em vão. Isso quer dizer então que, basicamente, a existência de uma Constituição e a sua observância por parte da sociedade que ela se propõe a reger só será possível caso haja identificação de vontades entre o texto constitucional, quem o escreveu e quem delegou ao constituinte escrever. Então, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 só existe e se mantém em vigor durante todos esses

anos porque, teoricamente, há uma identificação de vontades entre as normas, os legisladores e o povo brasileiro.

O Poder Constituinte, ainda, não acaba após a promulgação do texto por ele elaborado, pois, como bem define Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 299), “*poder constituinte* é a potência que faz a constituição, e, ao mesmo tempo, a *competência* que a modifica”. Isso porque o próprio texto constitucional pode estabelecer regras procedimentais que possibilitem a modificação do texto original da Constituição. No Brasil existem regras na CF que conferem competência ao Legislativo Federal para reformar o texto, inclusive para alterar cláusulas pétreas. Contudo, em relação ao dever que originalmente foi conferido pela CF ao Estado para prestar o serviço público de saúde não foi realizada nenhuma mudança formal, tudo continua do mesmo jeito.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2007, p. 104) afirma que as normas jurídicas estabelecidas no Ordenamento Jurídico, principalmente as de ordem Constitucional, são capazes de juntas assegurar a estabilidade em relação às expectativas sociais que estão manifestas no corpo de todo o Estado. Todavia, enfatiza que a estabilidade só será possível caso haja reciprocidade entre as expectativas sociais e as normas jurídicas, algo que atualmente não pode ser testemunhado no Brasil com a invasão mercadológica que está havendo na área da saúde. Assim, constata-se a vital importância de se ter uma compreensão não apenas a respeito do que está explicitamente evidenciado nas diretrizes constitucionais brasileiras, mas também a respeito do que não está explícito no texto constitucional e que também faz parte da construção dos preceitos dispostos nele e do porquê de o constituinte optar por tais determinações.

Para compreender essa lógica em relação ao Direito à saúde no Brasil e a prestação dos serviços públicos relacionados, sobretudo em relação ao caso dos Contratos de Gestão das Organizações Sociais, adiante iremos abordar os temas do “Estado Democrático de Direito”; “sentimento constitucional” e “constituição dirigente” com a finalidade de trazer teorias importantes que não apenas explicam e dão fundamento aos princípios constitucionais, mas também se mostram capazes de contribuir beneficentemente na mudança da realidade brasileira atual.

2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Na seara do Direito Constitucional é possível perceber a presença de três principais momentos/paradigmas que marcaram a história recente da humanidade e buscaram adequar o sistema constitucional às necessidades e expectativas vividas em determinados contextos econômicos, políticos e históricos; são eles: o Estado Liberal; o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.

No Brasil, a Constituição Federal ora em vigor deixa explícito já no seu artigo 1º que ela adota os princípios do Estado Democrático de Direito. Em seguida, os incisos do artigo mencionado definem os fundamentos da CF/88; são eles: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; o pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Apesar de entre os fundamentos elencados acima coexistirem os valores da cidadania, da dignidade humana e a livre iniciativa, é importante mencionar que em relação ao serviço público de saúde não há que se falar em livre iniciativa, haja vista se tratar de um dever de iniciativa do Poder Público de valorização da cidadania e da dignidade humana, e não da iniciativa privada.

Em seguida, o texto da Constituição brasileira, no seu artigo 3º, sedimenta como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o projeto de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Mais uma vez fica evidente a importância e a priorização dos direitos fundamentais e sociais.

Na mesma linha, e não menos importante, destaca-se também o artigo 4º, inciso II, da mesma Carta constitucional, que define a prevalência dos direitos humanos como um dos dez princípios que regem as relações internacionais brasileiras, mostrando que tanto em uma perspectiva interna quanto em relação às relações com outros Estados o país priorizará os direitos fundamentais.

A leitura de tais dispositivos constitucionais evidencia que prevalece no cerne do Ordenamento Jurídico da República Federativa do Brasil a concepção e manutenção de um Estado Democrático de Direito, por meio da busca por equidade nos direitos dos cidadãos e pela garantia efetiva dos direitos humanos. Exemplo claro e prático disso está no conjunto de normas que regulam o Direito à saúde dos cidadãos brasileiros e na prestação dos serviços públicos correlatos, como já vimos anteriormente.

Esse conjunto de regras fazem parte dos direitos sociais brasileiros devem ser encarados como pertencentes ao grupo que Bulos (2009, p. 381) categoriza como grupo de “eficácia social das constituições”, que representam a “incidência concreta e regular das normas constitucionais sobre os acontecimentos da vida. É o mesmo que *efetividade*, pois faz prevalecer os fatores sociais e os valores positivos inseridos nas constituições”.

Normas constitucionais efetivas, portanto, são aquelas que além de traçarem as diretrizes que deverão ser obedecidas pelo Poder Constituído, também deverão ser seguidas e aplicadas na prática, fazendo com que os “fatores reais de poder” concebidos por Lassale (2001, p. 19) estejam em sintonia com o texto constitucional. Dentro dessa lógica, faremos algumas considerações a respeito dos modelos de Estado Liberal, Social e Democrático de Direito para melhor entender aquele pelo qual a Constituição Federativa do Brasil optou.

No século XVIII, embalado pela ascensão da burguesia e pela incipiência da revolução industrial, veio ao mundo o primeiro grande paradigma estatal, batizado de “Estado Liberal”, caracterizado pela “total submissão dos governantes ao império da lei (princípio da legalidade), com a mínima intervenção estatal no domínio econômico (*laissez-faire, laissez-passer*)”, como define Adriano Sant’Ana Pedra (2012, p. 06).

O Estado liberal se resumia a garantir a segurança, a propriedade privada e a exercer as funções dos poderes administrativo, legislativo e judiciário. Além disso, também havia a grande preocupação, destacada por Ommati (2013, p. 55), de garantir que o regime absolutista não retornaria. Para isso, a estratégia utilizada foi a

de limitar a atuação do Estado à lei, onde ele deveria respeitar os direitos individuais das pessoas, como a liberdade, a igualdade e a propriedade privada. Nascia então a estratégia de separação dos poderes e a utilização deles como “freios e contrapesos” mútuos, para garantir justamente que o respeito aos direitos individuais teria bom êxito.

Com o passar do tempo e com o desenvolvimento tecnológico e social em escalas nunca vistas antes a sociedade ficou mais complexa, mais urbana, e o modelo liberal de Estado se viu impossibilitado de atender todas as demandas da população. A soma desses fatores e essa limitação do Estado Liberal em atender aos novos contornos sociais fez com que o modelo liberal passasse a ser muito criticado entre o final do século XIX e início do século XX. Nesse contexto, Ommati (2013, p. 56), quando trata a respeito do Estado Social, explica que as reclamações populares em relação ao Estado Liberal passaram a exigir intervenções da Administração Pública na sociedade, para que fossem garantidas a igualdade material, a liberdade de fato e uma redistribuição de renda.

Então, no início do Século XX o Estado começa a se remodelar e adquirir uma nova concepção. Surge então o Estado Social – *Welfare State*, destacando-se nele o incentivo à intervenção estatal de maneira muito forte em áreas estratégicas, como a siderurgia, a energia e o petróleo, por meio de empresas estatais. A atuação do Estado ao criar essas empresas também era a de se responsabilizar a regular questões relativas aos direitos trabalhistas, à saúde, ao lazer, etc, fazendo surgir os chamados direitos sociais, também chamados de “direitos de segunda geração”. Tal modelo de Estado teve o seu ápice no final da 2ª Guerra Mundial. (PEDRA, 2012, p. 06).

Arruda (2004, p. 573) salienta que o modelo de *Welfare State* não se propôs a substituir o capitalismo, mas veio tão somente como uma alternativa de modernizá-lo e legitimá-lo. A autora complementa dizendo que o Estado Social foi criado como um “contraponto ao avanço das teses socialistas e como forma de mediar a luta de classes, preservando o capitalismo e atualizando-o, ao reconhecer que o momento histórico incitava novas configurações e contornos para garantir sua sobrevivência”.

Por conseguinte, no final da década de 1960 e início da década de 70 o paradigma do Estado Social se mostra insuficiente para realizar e promover a cidadania nos moldes que tanto prometeu. Com efeito, esse modelo entra em crise e, a partir do fim da década de 1970, surgiu o último grande paradigma estatal e que ainda é muito presente, inclusive no Brasil, que é o Estado Democrático de Direito. Esse novo paradigma não fez contraponto e nem abandonou as ideias defendidas e aplicadas pelos modelos anteriores, pelo contrário, ele fez uma nova leitura, unindo de certa forma os seus dois antecessores e também os complementando.

José Afonso da Silva (1999, p. 123) esclarece que, na verdade, o surgimento do Estado Democrático de Direito não significou simplesmente uma união formal entre os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, representou também a “criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”.

Dentre as transformações vislumbradas com a chegada do EDD pode ser destacado que ele passou a conceder novos direitos, com a garantia dos chamados “direitos difusos”, que são direitos coletivos exercidos por uma indeterminada coletividade, como os direitos ambientais, do consumidor, de garantia da preservação do patrimônio histórico-cultural da humanidade, dentre outros. Assim, o novo paradigma de Estado ampliou a noção de cidadania e alterou a relação que existia entre sociedade e Estado, fazendo com que essas partes, “com realidades interdependentes e ao mesmo tempo interligadas”, buscassem, com efeito, o mesmo objetivo de realização do Direito. (PEDRA, 2012, p. 06).

A valorização dos direitos que ampliaram a noção de cidadania está inserida no que Moreira (2008, p. 98) destaca como sendo o principal valor em uma Constituição Democrática de Direito: a dignidade da pessoa humana. O autor citado complementa a afirmação anterior dizendo que para aplicar os novos direitos e colocá-los em prática é necessária uma postura hermenêutica específica em cada caso concreto. Isso deverá ser observado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em suas atuações. Essa, conseqüentemente, deve refletir na atuação dos Juízes, que são importantes articuladores do direito e pessoas capazes de contribuir para garantir a

ação do Estado no que Moreira chamou de “busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico”.

É fácil constatar, a partir da explicação anterior, que o modelo de Estado Democrático de Direito reflete diretamente sobre a atuação da Administração Pública. Em relação a isso José Emílio Medauar Ommati (2013, p. 54) tem uma opinião interessante. Ele entende que somente recentemente se tornou possível afirmar que o Direito Administrativo se apresentou como sendo o Direito Constitucional concretizado, porque só após as transformações ocorridas com a crise do Estado Social e com o conseqüente surgimento do EDD foi que a Administração Pública passou a pautar suas ações de modo a respeitar a Constituição e os Direitos Fundamentais.

No Brasil constatar a mudança de postura formal do texto constitucional, ocasionado pela implantação de um Estado Democrático de Direito é algo de fácil percepção, uma vez que o processo constituinte de 1987/1988 propiciou a transição de um regime ditatorial para um regime democrático, após cerca de duas décadas de governo militar autoritário. Todavia, na prática do direito à saúde o discurso do EDD ainda soa como uma grande utopia a ser alcançada, já que esse direito fundamental ainda se encontra muito distante de ser efetivamente garantido aos seus destinatários.

Portanto, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o que a Constituição faz, utilizando as palavras de Bulos (2009, p. 412 e 413) como estribo, é reconhecer o Estado brasileiro como uma ordem estatal justa, que valoriza e mantém as liberdades públicas e o regime democrático, sendo um Estado que projeta seus efeitos em todos os campos da vida constitucional brasileira e que assegura direitos inalienáveis, individuais, coletivos e difusos que são determinantes para que haja democracia e liberdades públicas.

A Constituição Democrática de Direito do Brasil, além de coletar características dos dois paradigmas que lhe antecederam também tem como princípio básico a defesa da dignidade da pessoa humana como direito inalienável, basilares da ordem

democrática e das liberdades públicas. E, no bojo dessa estrutura, podemos constatar que o EDD brasileiro ainda não se efetivou plenamente e é muito defeituoso. Isso se vê claramente no serviço público de saúde, que ainda é muito defasado e, em vez de ser estruturado e ampliado o que o Governo vem fazendo é delegar tal serviço às mãos de instituições privadas que, apesar de se intitulem como estabelecimentos sem fins lucrativos, no fundo se diferenciam demais das entidades públicas porque não são essencialmente compromissadas com os princípios orientadores do SUS.

2.2 O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL

Pablo Lucas Verdú, jurista espanhol, desenvolveu uma abordagem conceitual que se chama “sentimento constitucional”. O conceito trabalhado por Verdú é extremamente interessante e pertinente ao presente trabalho, porque ajuda a compreender o envolvimento e a identificação dos cidadãos para com o Ordenamento Jurídico que lhes cerca e, assim, permite constatar que efetivamente a Constituição e a Ordem Jurídica estabelecida no Brasil não são vinculantes em relação ao direito à saúde e a forma como hoje esse direito é encarado mostra que as políticas públicas de promoção do Direito à saúde serve apenas como instrumento de interesse de uma minoria privilegiada.

Compreender isso é importante, porque as implicações dos direitos de cidadania, sobretudo do Direito à saúde, dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, tal como concebido pelo Constituinte, são fundamentais para analisar a decisão do STF a respeito da atuação das OSS no território brasileiro.

Outro fator importante que reforça a relevância de conhecer e compreender a teoria de Verdú está no contexto complexo contemporâneo, onde o positivismo e o normativismo jurídicos se mostram insuficientes para sozinhos satisfazerem “a racionalidade do Direito e corresponder aos anseios da sociedade” (ABREU, 2013, p. 39), uma vez que teorias como essa buscam superar a “racionalidade positivista pura” e agregam ao debate jurídico elementos da filosofia, da ética e da sociologia.

2.2.1 O Sentir Como Componente da Vida em Sociedade

A noção, os preceitos e teorias que temos hoje concebidos no mundo em relação ao Direito e ao documento que chamamos de Constituição são frutos de todo o conjunto de experiências históricas da sociedade. Isso porque, durante toda a história humana, desde os registros mais remotos, se constata que os grupos sociais e as sociedades sempre criaram regras que balizaram as relações e estabeleceram meios de organizar a vida em comunidade.

Na verdade, a “história do direito” se perde no tempo, mas desde os povos mais remotos regras básicas estruturavam a vida das pessoas. Tudo isso fruto de um sentimento comum aos indivíduos envolvidos de que era necessário estabelecer padrões éticos de conduta para todos e traçar normas de respeito aos direitos de cada um. (PINHEIRO, 1997, p. 33). Desde à Grécia antiga a ética consta como um elemento intrínseco da filosofia da vida e do direito, entendida ela como uma filosofia ou uma crítica da moral que está no nível da *práxis* humana. (KROHLING, 2012, p. 28).

Sobre esse ponto, Aloísio Krohling (2012, p. 29) compreende a ética da vida digna de todos os seres vivos como uma matriz rizomática (uma fonte) da dignidade da pessoa humana e, enfim, da vida digna de todos os seres vivos, incluída como um fundamento da cidadania e da democracia. Aristóteles já compreendia a ética como a “morada do ser”, afirmação que é interpretada por Krohling como sendo “a construção do caráter da pessoa humana na busca da felicidade e do bem viver ou da vida digna de todos os seres vivos, por meio da alteridade, da responsabilidade e da sensibilidade alteral”.

Nota-se, por meio desses pressupostos, que sempre que a humanidade se propôs a viver em grupo e organizar uma comunidade ela foi motivada por objetivos comuns e por uma sensibilidade atrelada à alteridade (ao sentido de se ver como igual ao outro) e pela percepção de que por meio da união entre as pessoas seria possível realizar feitos que cada indivíduo isoladamente não seria capaz de fazer.

É digno de nota que a sociedade se estabelece por meio da troca mútua de mensagens, interações e comportamentos por parte de uma coletividade de indivíduos, construindo assim uma rede de relações (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 102). Nessa rede de relações o “sentir”, a sensibilidade e os sentimentos humanos estão imbricados e são elementos fundamentais para ser possível a correspondência mútua dos objetivos compartilhados pelas pessoas.

Sobre os sentimentos humanos, especificamente falando, desde os tempos remotos eles também eram objetos de análise e assim foram sendo analisados como objeto de estudos de diferentes ciências. Ivy de Souza Abreu (2013, p. 35), em sua dissertação de mestrado, cita a máxima socrática “conhece-te a ti mesmo”, e aduz que ela “revela a necessidade humana de refletir sobre sua vida, sua existência e suas percepções do mundo”.

Para Lucas Verdú (2004, p. 53) sentir significa estar implicado em algo, uma implicação que é parte estrutural da ação e do pensamento, não constituindo mero “acompanhamento”. A implicação da ação e do pensamento, como citado por Verdú, se mostra o ponto nevrálgico que possibilitará a convergência de ideias e objetivos entre vários indivíduos para que, por meio disso, a vida em sociedade se torne possível e organizada.

2.2.2 A Presença do Sentimento Constitucional na CF/88

A teoria do sentimento Constitucional é fruto dessa lógica que envolve a vida em sociedade, os sentidos, e a forma de organização das sociedades que, ao conferirem aos sentimentos um valor normativo, passam a construir o Direito, como hoje é feito, por meio de um direito organizado e posto por meio de Ordenamentos Jurídicos e de Constituições.

Nelson Camatta Moreira (2010, p. 197), ao comentar a respeito da teoria do sentimento constitucional, afirma que a origem dela remonta à visão liberal-burguesa do século XVIII, a partir da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao determinar que “toda a sociedade na qual não esteja

assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição”.

Basicamente, a conclusão do autor citado toma como referência o argumento de Lucas Verdú (2004, p. 71 -72) quando este, ao citar os estudos de Pelegrino Rossi, asseverou que o sentimento constitucional atua como uma verdadeira ligação moral entre as instituições constitucionais e os homens. Nessa relação, caso a vinculação moral venha a falhar, três são as possíveis conclusões a respeito do sentimento constitucional: “a) nada é sólido nem regular, b) não há cuidado na defesa da ordem estabelecida, c) não há espírito de continuidade nas reformas”.

O sentimento constitucional pressupõe, na verdade, um sentimento jurídico, atrelado, necessariamente, ao ordenamento jurídico e à ideia da justiça que o inspira e o ilumina, sendo um fruto manifesto e organizado das aspirações sociais da comunidade que ele se propõe a tutelar e organizar. Nesse contexto “sentir juridicamente é implicar-se com o Direito vigente, com o todo ou parte dele, dando-lhe apoio”. (VERDU, 2004, p. 53).

É possível afirmar que o sentimento constitucional, ou sentimento jurídico, e a ideia de justiça que inspirou a CF/88 é o de valorização dos direitos fundamentais (dentre eles o direito à saúde), de valorização da cidadania e de concretização de um Estado Democrático de Direito, isso tudo como reflexo do contexto histórico e político vivido naquele momento, por meio da luta pela redemocratização do país e, na área da saúde, pela luta do Movimento de Reforma Sanitária.

2.2.2.1 O Sentimento Constitucional como elemento de construção da cidadania e de garantia do Direito à saúde

Logicamente, uma Constituição que se propõe a estabelecer um Estado Democrático de Direito, como a brasileira, não pode se olvidar em trazer consigo elementos de valorização e fortalecimento da cidadania entre os seus. Isso porque, como esclarece Vieira (2013, p. 4), atualmente, com o crescente avanço e intercâmbio entre culturas, o modelo de cidadania está compreendido por meio da concretização dos direitos fundamentais.

Há quem chegue a afirmar que não existe Constituição sem autênticos cidadãos, pois, dentro da lógica do *sentimento constitucional*, o simples fato de haver uma Constituição implica em a pessoa se identificar com aquele país, ser patriota e ter identificação com os símbolos pátrios, tais como bandeira, hino emblemas oficiais, dentre outros. (VERDU, 2009, p. 279).

Carvalho (2005, p. 12) corrobora com tal afirmação e destaca que uma cidadania dentro de um “Estado-nação” só existe com uma identidade nacional, que ocorre a partir do momento em que as pessoas se identificam com este Estado. Essa identificação, para ele, pode ocorrer a partir dos símbolos pátrios e da identidade cultura, mas, sobretudo, a partir das lutas comuns e de guerras enfrentadas pelo povo, porque, a partir da noção de pertença advindo da superação desses conflitos a participação popular na vida política e o sentimento constitucional se intensificarão.

Para Moreira (2010, p. 201 – 202) a Constituição é considerada como o pano de fundo moral do reconhecimento da cidadania. Para que isso se confirme o autor cita que “ela deve não só pautar toda a atuação do Estado como também o agir social, pois sem esse *ethos* valorativo mínimo, ou seja, sem o *reconhecimento ético da identidade cidadã* não há a propagação suficiente do *sentimento constitucional*”.

Esse sentimento desenvolve-se a partir da vontade popular, que pressupõe um elevado índice de maturidade democrática, a partir das experiências sociais do povo, que também é fruto de uma efetiva educação democrática, a qual garante a continuidade do desenvolvimento da democracia e da cidadania no país.

Na construção e no fortalecimento da cidadania é ainda importante serem elaboradas normas que evidenciam tanto a importância da cidadania em uma escala global, para todos os sujeitos, quanto também na individualidade de cada um deles.

A importância de se valorizar a individualidade de cada cidadão e conscientizá-los do seu lugar dentro do sistema político do seu país e do seu *status* de responsável político, que deve contribuir para o aperfeiçoamento do Estado, possibilita legitimar todas as vozes constantes do debate político, uma vez que “cidadania” representa “a

consciência de pertencimento a um grupo ou coletividade política, mediante identificação a uma dada cultura e história”. (VIEIRA, 2013, p. 4).

Para Fabriz (2003a, p. 20) a teoria da Constituição na atualidade deve se orientar do plano particular para o universal e não o contrário, ou seja, a partir da análise das suas questões internas do país, seus pontos positivos e as carências que possui, para então se preocupar com as questões exteriores, que não representam algo que imediatamente se deve priorizar.

O sentimento que aflora em um cidadão que tem suas necessidades garantidas pelo texto da Constituição e supridas na prática é de integração entre o sentimento extrajurídico (intrínseco à sua condição de ser humano) em conjunto com o sentimento jurídico, que é intrínseco à sua condição de cidadão parte de um Estado Democrático de Direito. Compreendido isso, não é exagero dizer que o cidadão deve estar no centro das decisões políticas de um EDD, pois isso é o que se espera para que seja possível diminuir as diferenças sociais, garantir a dignidade, concretizar as expectativas em relação aos direitos sociais, dentre eles o Direito à saúde, e harmonizar a vida de todos os cidadãos de um país.

Vieira (2013, p. 2) afirma que, “em um discurso ético, para o reconhecimento da verdadeira existência de um sentimento constitucional, conquanto atrelado ao ordenamento fundamental, este deve ser analisado sob a ótica do respeito à cidadania”.

Logo, resta clara e evidente a importância da valorização da cidadania, do desenvolvimento da democracia e da garantia de aplicação dos direitos fundamentais dos cidadãos como elementos caracterizadores tanto de um Estado Democrático de Direito, quanto de construção do verdadeiro sentimento constitucional da sociedade.

2.2.2.2 Formas de manifestação do sentimento constitucional no Brasil

Em sua teoria Verdú (2004, p. 54) aborda três maneiras mútuas e recíprocas pelas quais o sentimento constitucional se manifesta, essas formas de manifestação serão

o auxílio para identificar como o sentimento constitucional tem se apresentado no Brasil atualmente:

- a) O sentir sobre *o que é o Direito*, ou seja, a capacidade que intuitivamente capta e aplica o direito vigente com justiça [...].
- b) O sentir sobre *o que deve ser o Direito existente* enquanto inclinação ao ideal jurídico. Na medida em que o ideal jurídico se contrapõe ao Direito positivo, o sentimento jurídico aparece como sentido crítico e desaprovador do Direito vigente.
- c) O sentir com referência à *atitude perante o Direito existente*, ou seja, o sentimento de *respeito do ordenamento jurídico vigente*. Exterioriza-se mediante impulsos em relação ao Direito positivo para promover ou exigir a realização do Direito e rechaçar o injusto.

Sobre a primeira forma como o sentimento constitucional – o *sentir o que é o direito* – verifica-se que está relacionada à identificação natural e à compreensão íntima que o sujeito possui com relação ao Direito posto, no sentido de assimilá-lo tanto na teoria quanto na prática, o que faz com que a sua aplicação seja aderida ao íntimo do sujeito, como um sentimento natural de justiça.

O próprio Verdú (2004, p. 54 – 55) afirma que “quem sente *o que o Direito é* experimenta, em seguida, a comoção que lhe leva a valorá-lo afetivamente e, por isso, respeitá-lo”.

A partir da comoção gerada pela compreensão de “*o que o Direito é*” é que o sujeito passa a valorizar a Constituição de uma forma tão profunda e importante ao ponto de ser algo afetivo, algo que verdadeiramente envolve sentimento. Esse envolvimento sentimental com a Constituição também desenvolve, naturalmente, um sentimento crítico dos sujeitos signatários das normas ali elencadas para com o texto constitucional, algo que, para Vieira (2013, p. 3), não pode ser ignorado, haja vista entender ele que ignorar esse envolvimento consiste em ter “uma visão reducionista do procedimento de conformação do ordenamento jurídico”.

Esse aspecto do sentimento constitucional mostra que ele se desenvolve espontaneamente e surge como fruto de uma vontade ou de um impulso íntimo, natural. Por isso, o sentimento constitucional não é algo artificial ou simplesmente racional. Como consequência, em alguns casos esse sentimento se manifesta na comunidade de um modo mais efusivo e chama mais atenção, como ocorre nos

momentos de revoluções. Em outras oportunidades, porém, o aspecto sentimental pode surgir mais comedido, de modo mais intelectualizado, por meio de debates e exposições críticas.

Essa forma de manifestação do sentimento constitucional pode ser constatada facilmente no momento dos debates que elaboraram a Constituição Federal de 1988 e que estabeleceram o Direito à saúde na Constituição brasileira, por meio das lutas ideológicas travadas pelo movimento de reforma sanitária. Hoje, entretanto, esse sentimento encontra-se ofuscado; adormecido; anestesiado, diante de tanto descaso para com o serviço público de saúde e por conta da extrema valorização do serviço privado ou, ilusoriamente, do público prestado por particulares.

Por sua vez, o “*sentir o que deve ser o direito existente*” é uma consequência do sentimento crítico a respeito do que seria o plano ideal jurídico, seja em perceber que o direito positivado e normatizado está adequado ou na crítica sobre o que precisa mudar para que as normas se adequem à realidade e às carências da sociedade.

Para que essa forma de sentir ocorra plenamente é necessário levar em conta o histórico de construção da consciência jurídica do povo em análise, de modo que seja possível ver representadas as exigências concretas existentes ali, assim como ver também toda a expectativa que há na sociedade, pois só é possível compreender o conteúdo do sentimento jurídico de um povo quando ele for considerado juntamente com os demais valores que são respeitados naquele núcleo social. (VERDU, 2004, p. 60).

É natural que a vivência histórica jurídica e constitucional de um povo gere uma cultura e um sentimento comum. Geralmente, quando determinada sociedade possui um histórico de lutas, de momentos simbólicos, de uma participação ativa de movimentos sociais e de momentos de superação de regimes autoritários, o sentimento constitucional presente ali fica mais sedimentado na sua cultura e se torna mais fácil de ser percebido, mais evidente, com contornos mais definidos, e também se apresenta mais maduro, como ocorre na França, por exemplo. Nessas sociedades também é mais fácil verificar as expectativas dos cidadãos

correspondidas na prática, posto que há um respeito do Poder Público para com o sentimento do povo e também há uma correspondência entre os interesses daqueles que ocupam cargos elevados com os interesses da população.

Se há um exemplo desse sentir no Brasil que podemos destacar está no momento de transição entre a ditadura militar e a redemocratização, quando os direitos de cidadania estavam no cerne do debate, após terem sido fortemente relativizados, perdidos ou simplesmente esquecidos no período ditatorial. A vitória da cidadania nessa luta não é apenas formal e não está restrita a letras mortas na Constituição, pois o seu conteúdo na Constituição exige uma mudança concreta/prática. Esse é o sentimento presente no texto constitucional da Carta de 1988. Todavia, esse sentimento se perdeu no tempo e poucos são aqueles que ainda lutam abertamente por esses ideais. As investidas do mercado na saúde pública estão conseguindo cativar a simpatia de grande parte da população, ao fomentar descrédito dos cidadãos para com o serviço público.

Mas, para que toda a lógica da Constituição brasileira não seja perdida e para evitar que o dever do Estado em prestar um serviço público de saúde nos moldes delineados para o SUS, é necessário resgatar o “*sentir o que é o direito*” à saúde do povo brasileiro para que o próprio povo seja o principal catalisador da mudança.

Por sua vez, o “*sentir como atitude perante o Direito existente*”, representa o sentir com relação ao Ordenamento Jurídico vigente. É a convicção a respeito daquilo que emana das normas constitucionais que se exterioriza por meio de ativas exigências para que o Direito seja aplicado, caso haja alguma omissão por parte do Estado.

Nesse aspecto o sentimento se manifesta a partir da convicção emocional que é vivida de maneira intensa e íntima pelo grupo social, de acordo com sua compreensão de justiça e equidade (ou injustiça e falta de equidade), com base no Ordenamento Jurídico que regula a convivência da sociedade. Esse senso é que irá determinar se há adesão ou repulsa à Constituição. É o que Verdú (2004, p. 69) chama de “*afecção positiva*”, quando há adesão ao ordenamento, ou “*conotação negativa*” nos casos onde há o rechaço ao ordenamento, que, por isso, é transgredido.

O autor espanhol (VERDU, 2004, p. 56) enfatiza que, quando o sentimento constitucional é percebido pelos cidadãos, há uma “comoção na alma” que se reveza entre momentos de prazer e desgosto, quando, respectivamente, se constata que as expectativas fomentadas pelo texto constitucional são vistas na prática ou quando elas não são materializadas.

No Brasil, a partir da promulgação da CF vigente vários Estatutos jurídicos e leis foram criados com o fim de contribuir para a concretização do plano de valorização da cidadania proposto pelo texto constitucional, como são os casos, por exemplo, da Lei regulatória do SUS, do Estatuto do Idoso e do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros.

Nesse mesmo sentido, é importante destacar que, com o advento da CF/88, grupos e segmentos sociais passaram a se organizar em prol da “consolidação de ações afirmativas contra discriminações e na discussão das políticas públicas” (ARRUDA, 2004, p. 575), o que pode ser entendido como manifestação do “*sentir como atitude perante o Direito existente*”. Entretanto, tais manifestações do sentimento constitucional perderam força e representatividade com o passar dos anos e não se mostraram capazes de, por si só, solucionar todas as mazelas sociais do Brasil, dentre elas a situação da saúde, elas podem apenas:

[...] auxiliar na denúncia e no combate a políticas patrimonialistas, ao clientelismo, à utilização de verbas públicas para a satisfação de interesses privados, na exigência de transparência nas ações do Estado, inclusive no Judiciário, na superação da acomodação e resignação subserviente dos que se vêem sem direitos, sem proteção, sem justiça. [...] esse lugar – bom – ainda não é o Brasil, esse lugar pode não estar perto nem ser visível, mas não é impossível construí-lo se for a vontade geral, de que já tratava Rousseau, se essa for verdadeiramente a vontade obstinada de cada um de nós. (ARRUDA, 2004, p. 575).

Sendo assim, considerando as três formas de manifestação do sentimento constitucional elencadas por Verdú, não é possível afirmar que o sentimento com relação ao Direito à saúde é percebido pela maioria da população por uma identificação positiva, pois esse direito está bem longe de ser garantido na prática. Do mesmo modo, não é possível afirmar que há uma conotação negativa a respeito de tal sentimento pelo povo brasileiro, haja vista que não são vistos grandes movimentos e manifestações reivindicatórios desse direito e, o pouco que ainda se

vê de reclamações se limitam apenas ao campo das ideias, em debates teóricos, e em explorações sensacionalistas da mídia que não se propõem a incentivar a reflexão e o debate, mas apenas se preocupam em aumentar sua audiência.

2.2.2.3 A “apatia” constitucional

O sentimento constitucional, portanto, para ser vivido em sua plenitude, precisa acumular as três maneiras de manifestação que acabamos de ver. Podemos perceber também que, além de um sentido positivo (nas oportunidades em que a sociedade está convencida de que vive de maneira justa à luz da Constituição), esse sentimento também possui uma face negativa, que ocorre quando o grupo social está certo de que as normas reguladoras da sua vida não estão adequadas e, com efeito, deve ser alterado.

A versão negativa do sentimento constitucional é caracterizada pela experiência de viver uma grande frustração e/ou indignação no que tange à permanência das normas que estão em vigor. Essa faceta, apesar de ser um sentimento, mais se aproxima, na verdade, de um ressentimento, uma repulsa, jurídico constitucional (VERDU, 2004, p. 69). Quando o sentimento é de ressentimento o que prevalece no meio da sociedade é a sensação de injustiça, de ausência da equidade e a presença de uma solidariedade deficiente ou até mesmo inoperante.

Nos casos em que a atuação dos Poderes constituídos no Estado negligencia as necessidades mais básicas dos cidadãos e viola os seus direitos fundamentais ela está impedindo a plena realização dessas pessoas enquanto indivíduos considerados coletiva ou individualmente (ABREU, 2013, p. 89). Tal atuação lesa a dignidade humana e, ao gerar um efeito de reprovação, por parte da sociedade, configura o ressentimento constitucional. Portanto, quando se vislumbra a face negativa do sentimento, por meio do ressentimento, da desesperança e do desprezo às normas da Constituição é sinal de que valores e expectativas importantes da sociedade estão sendo relativizados ou até mesmo negados.

Abreu (2013, p. 94) ainda afirma que “os grupos que não se veem refletidos no ordenamento jurídico-constitucional criam rejeição às normas e sentem-se

ressentidos em relação à Constituição e ao próprio Estado Democrático de Direito”. Para Vieira (2013, p. 4) esse ressentimento representa um “repúdio ao ordenamento” diante da falta da concretização da relação que se espera haver entre as normas e o ideal de justiça manifesto pelo Ordenamento.

Ocorre, assim, o que Lassale (2001, p. 23), ao categorizar uma Constituição, batiza de “Constituição folha de papel”, onde as determinações do texto normativo não passam de ilusões e fantasias que só existem no mundo ideal abstrato, sem aquilo que Konrad Hesse (1991, p. 19) chama de “força normativa”, ou seja, não há nenhuma vinculatividade prática.

Michel Foucault (2010, p. 370) ao expressar sua opinião a respeito dos direitos do Homem em face aos Governos, disse que “a infelicidade dos homens não deve jamais ser um resto mudo da política. Ela funda um direito absoluto de levantar-se e dirigir-se àqueles que detêm o poder”. Em seguida, o filósofo francês conclui que “os bons governos gostam da santa indignação dos governados, por mais que permaneça lírica”.

Por meio da constatação de Foucault e do conteúdo negativo do sentimento constitucional se observa a grande relevância que possui a face negativa desse sentir, tão relevante quanto o sentimento positivo, haja vista que um povo consciente do seu lugar e do seu papel de protagonismo dentro de um regime Democrático de Direito naturalmente constrange a atuação dos Governantes a ser reta e justa dentro das regras estatuídas no Ordenamento.

No Brasil, como constatado anteriormente, não se percebe um sentimento positivo com relação ao serviço público de saúde e nem um ressentimento com relação ao mesmo. É fato que toda a população brasileira tem consciência que o esse serviço é mal prestado e que ele é defeituoso, mas tal percepção tem se mostrado insuficiente para forçar qualquer mudança de cenário. O que se pode constatar na grande maioria dos cidadãos brasileiro é uma verdadeira “apatia constitucional” a esse respeito.

A apatia, ou indiferença, ocorre porque a população mais carente convive diariamente com filas de espera de horas, com internações em macas nos corredores dos hospitais, com consultas marcadas para meses depois de seus agendamentos, dentre tantas outras falhas gritantes do sistema, mas que se tornou uma rotina comum para eles, se tornou algo natural e aceitável, surgindo pequenos focos de indignação quando algum familiar morre por conta de omissão no atendimento ou por atendimento mal prestado.

Por outro lado, o restante da população não precisa do serviço público. São aquelas pessoas que possuem planos de saúde e que acabam não tendo consciência da gravidade dos problemas enfrentados na rede pública e que não se identificam com as dificuldades que a maioria da população passa.

A apatia não é uma categoria trabalhada e construída diretamente por Verdú, mas é uma implicação prática natural que se observa na sociedade brasileira no caso que é analisado pelo presente trabalho. Tal indiferença é extremamente ruim para o Brasil, porque, como diz o citado jurista espanhol (VERDU, 2004, p. 66) o sentimento jurídico não se desenvolve apenas como aprovação ou desaprovação do ordenamento ou como repulsa do injusto, ele também possui uma função preventiva, na medida em que impede ou obstaculiza que se chegue a violar o Direito. Logo, quando o sentimento é de apatia as chances de haver uma alteração são ainda menores do que quando há o ressentimento, porque ele reflete uma verdadeira desesperança na relação que existe entre as normas jurídicas e o mundo real.

2.2.2.4 *Ter* Constituição e *estar em* Constituição

Outra categorização importante da teoria ora delineada é trazida por Lucas Verdú (2009, p. 277) no momento em que ele afirma que uma coisa é “*ter* Constituição” e outra bem diferente é “*estar em* Constituição”, porque algumas normas, apesar de estarem em pleno vigor, não são cumpridas, seja por “esquecimento, descuido, ou pior, por uma inaceitável intencionalidade daqueles que deveriam aplicá-las”.

O *Ter* e o *Estar em* Constituição não são duas categorias exclusivistas, onde a presença de uma exclui a da outra; pelo contrário, o ideal é que elas convivam de

modo a se complementarem. Entretanto, a convivência somente é possível e apenas será efetiva quando o Estado se apoiar em princípios valorativos, sócio-políticos e práticos que sustentem a existência mútua entre elas.

Nas palavras de Verdú (2004, p 72), o *ter* e o *estar* em Constituição, quando vividos em conjunto, representam a materialização do sentimento constitucional de um povo. É a concretização de um desejo sentido por toda a comunidade, um fato natural decorrente da “conceitualização técnico-jurídica” que é delegada ao Poder Constituinte para que este instrumentalize por meio do texto normativo.

O *ter*, especificamente considerado, significa “anseios populares veemente demonstrados”, enquanto que o *estar em Constituição* representa uma ordenação racional da convivência política (VERDU, 2004, p. 72). Em sociedades que lutaram por independência esses sentimentos são mais claramente notados. Isso nos faz recordar do momento de lutas travados no Brasil nas décadas de 1970 e 1980, que reivindicou o fim da ditadura e melhores condições de vida e saúde para a população, que, por fim, culminou na promulgação da atual Constituição. Contudo, apesar de *termos* uma Constituição, hoje esse sentimento que se refletiu em toda a estrutura normativa constitucional se perdeu no tempo.

Por seu turno, o *estar em Constituição* pressupõe o *ter Constituição*, já que para *estar em Constituição* o sentimento constitucional que será verificado no Ordenamento Jurídico vigente se manifestará por meio da adesão interna às normas e instituições constituídas e pelo texto constitucional, experimentada com intensidade mais ou menos consciente, porque haverá a estimativa de que a ordem estabelecida constitucionalmente é boa e conveniente para a integrar, manter e desenvolver uma justa convivência em comunidade. (VERDÚ, 2004, p. 75).

Assim, constata-se que não *estamos em Constituição* quando analisados a situação da saúde pública brasileira e o sentimento de apatia constitucional que existe na sociedade do país

2.2.2.5 O atual sentimento constitucional brasileiro em relação ao Direito à saúde

Sem dúvida no Brasil *temos Constituição*, no seu conceito formal e estrutural, mas a partir dos pressupostos advindos da teoria apresentada por Verdú se constata facilmente que não *estamos em Constituição*, quando falamos em Direito à saúde e o serviço público correlato.

Para Lucas Verdú (2009, p. 281), no fundo, toda Constituição democrática pressupõe um projeto de sociedade que, pelos seus objetivos, em maior ou menor grau, sempre será louvável. Mas esse projeto precisa ser cumprido naturalmente, para que não caia no descrédito e o povo fique sem esperança no mesmo.

A esperança da sociedade com o projeto transformador da Constituição Democrática, naturalmente, será ainda mais valorizada em casos como o do Brasil, quando o novo Texto Constitucional surge para superar um regime autoritário. Porém o que se vê, tanto em relação ao Direito à saúde quanto em relação a outros direitos, são as lideranças, os governantes e aqueles que estão no Poder insistindo em não implantar o modelo de políticas públicas em saúde da maneira que foi determinada pela Carta Fundamental brasileira, e se curvam para responder aos anseios do mercado, não se preocupando eles com o fato de que a aplicação prática das mudanças sociais estipuladas pela CF vigente precisam ser feitas porque são vitais para a própria CF, para que ela não caia no descrédito absoluto e se torne alvo da *apatia constitucional* que já se verifica em relação ao tema da saúde pública.

Fábio Konder Comparato (1998), em sua reflexão a respeito dos 10 (dez) anos de promulgação da CF/88, chamou o total descrédito em relação ao conteúdo da Constituição de “morte espiritual da Constituição”, pelo fato de ela estar em vigor, mas o texto e as normas estabelecidas por ela não exercerem a função social buscada pelo povo e manifestada pelo Poder Constituinte por ele legitimado. Passados 18 (dezoito) anos da publicação do texto de Comparato, percebe-se que o panorama continua o mesmo e as suas palavras permanecem atuais.

A construção da identidade da cidadania dos brasileiros da maneira como é idealizada pela Constituição vigente, se apresenta materialmente precária para a

maioria dos cidadãos, pois existe um ranço histórico que lhes nega gozar plenamente dessa condição. Moreira (2010, p. 200 – 201) entende que isso é reflexo de uma exclusão dessas pessoas no “processo modernizador brasileiro”, que é defeituoso e incompleto, haja vista que aqui não se viveu um pleno Estado Social, e isso gera uma necessidade maior da tutela estatal nos assuntos relacionados ao trato e ao cuidado com os temas sociais. Por isso, o citado autor conclui que o Brasil continua constantemente a formar e renovar um imenso número de “subcidadãos”, sendo esta “a imagem de inferioridade interiorizada na identidade de enorme parcela de indivíduos brasileiros”.

Sobre esse fenômeno histórico brasileiro, que ainda reflete negativamente na sociedade, Marcelo Neves (2006, p. 247) compreende que no Brasil o Estado Democrático é um Estado de modernidade tardia e até mesmo negativa, que ainda privilegia determinados grupos de pessoas em detrimento de outros. Isso gera uma falha na compreensão do que vem a ser cidadania pela maioria, pois lhes falta ainda o sentimento de pertença e, conseqüentemente, lhes falta comprometimento com a busca por melhores condições de vida em grupo.

Como a Constituição brasileira, de maneira geral, tem um conteúdo reformador, em prol da valorização de uma cidadania que há muitos anos era tratada de uma autoritária, é natural que apesar de todo o sentimento constitucional que havia em no país e que influenciou a elaboração do texto constitucional se fazia necessária a implantação de políticas públicas que seguissem no mesmo sentido, de uma maneira indiscutivelmente reformadora, para que esse sentimento fosse mantido e naturalmente assimilado como algo pertencente ao “DNA” do cidadão brasileiro. Todavia, como os projetos reformadores que se propunham a concretizar o projeto constitucional da saúde pública brasileira não foram implantados suficientemente de acordo com a demanda e a necessidade que havia (e ainda há), o sentimento de pertença e de identificação com as normas constitucionais não existe entre o povo.

Ainda sobre os problemas na afirmação da cidadania brasileira José Murilo de Carvalho (2005, p. 217 – 218) sustenta que no Brasil a sociedade pode ser dividida em cidadãos de primeira, segunda e terceira classes. Neste caso, os privilegiados, pessoas com alto grau de estudos, com alto poder aquisitivo ou influentes são os

cidadãos de primeira classe. Por conseguinte, o autor define como cidadãos de segunda classe as pessoas simples, a grande fatia da população que não tem privilégios e está sujeita aos rigores da lei e alguns benefícios da mesma. Por derradeiro, a parcela da sociedade que é marginalizada, vulnerável e que não conhece a tutela estatal, também inseridos aqueles que moram em locais onde o Estado não chega e quando chega é apenas para aplicar o Código Penal, são as pessoas que formam os cidadãos de terceira classe.

Neves (2006, p. 248) constrói um raciocínio semelhante quando diz que no Brasil, assim como em outros lugares do mundo, a generalização de relações de subintegração e sobreintegração se torna um dos obstáculos que mais dificultam a realização do Estado de Direito. Quando ele fala em subintegração está se referindo às pessoas que estão sujeitas aos deveres e aos rigores da lei, mas que não possuem garantidos os direitos fundamentais, formando a parcela dos “subcidadãos”, ao passo que nas relações de sobreintegração estão incluídos aqueles que possuem os direitos garantidos, mas que não sofrem os rigores dos deveres, tanto quanto os subcidadãos.

Como o Estado brasileiro é omissivo para a maioria da população e falta-lhes o reconhecimento estatal dos seus interesses, a consciência de identificação do justo não existe para elas. Logo, torna-se possível afirmar que não existe respeito à cidadania no Brasil, pois não existe promoção da igualdade e de direitos fundamentais, como o direito à saúde.

A dimensão do sentimento constitucional dos brasileiros, considerado em relação ao distanciamento do projeto político da Constituição Federal de 1988 dependerá sempre da forma como o povo experimentará na prática as políticas de respeito aos direitos fundamentais, bem como de afirmação e promoção da cidadania, pois o texto da Constituição, se não tiver a adesão daqueles que devem cumpri-lo, jamais conseguirá efetivar as transformações sociais necessárias sozinho, pois, como visto anteriormente, *ter Constituição é insuficiente quando não se está em Constituição*.

Sobre a efetivação dos direitos fundamentais, Moreira (2010, p. 199) destaca que em uma comunidade política a soma de atributos como a força, o temor ou a sanção

não são suficientes para impor os valores fundamentais, “pois estes descansam, em consideráveis proporções, em percepções espontâneas ou em tradições assumidas, descansam, enfim, em uma *consciência civil*”. Desse modo, em uma comunidade organizada a partir de um Estado fundamentado em um projeto político com ambiciosas metas sociais, é necessário que os cidadãos possuam uma “elevada consciência”, e tenham uma grande “dedicação a interesses superiores”, que transcendam os interesses individuais.

A Constituição é um elemento necessário e de soberba importância no processo de superação das desigualdades sociais e do subdesenvolvimento econômico, mas não é o único elemento relevante. A consciência política (sentimento constitucional) da necessidade da mudança, a atuação e a manifestação da sociedade e o funcionamento correto dos canais de representação política e de todo o conjunto da administração pública são igualmente fundamentais. Seria *fetichismo* sustentar o contrário. (MORAES, 2014, p. 280).

O sentimento constitucional em relação ao direito à saúde no Brasil, como foi possível analisar, se manifesta, na verdade, como uma “apatia constitucional”, algo que é muito mais grave do que o “ressentimento constitucional”, uma vez que há uma Constituição estabelecida, que foi elaborada em um momento de grande sensibilidade em prol do direito à saúde, sentimento esse expresso nas no texto constitucional, mas, apesar disso, não é possível afirmar que o Brasil *está em Constituição* nesse sentido. Além disso, as três formas de manifestação do sentimento constitucional não se identificam positivamente no Brasil.

Para que esse panorama seja alterado é necessária uma força conjunta, de todos os ramos da sociedade brasileira, para continuar o movimento de Reforma Sanitária que não acabou no momento da promulgação da Constituição, mas que hoje se encontra no meio da batalha pela efetivação das promessas constitucionais. É necessário resgatar o sentimento que foi adormecido no íntimo dos cidadãos por causa da desilusão sofrida nas últimas décadas diante da precarização, do subfinanciamento e da lógica de mercado que estão sendo aplicadas no SUS, e por conta da grande propagação do discurso ético neoliberal e globalizante, aonde é pregado que o Estado é incapaz de suprir as necessidades básicas dos cidadãos, incapaz de efetivar os direitos de cidadania e que o melhor caminho é deixar tudo nas mãos da iniciativa privada, sendo que esses são pressupostos que confrontam

diretamente àqueles estabelecidos pela CF/88 e alteram descaradamente a sua proposta.

2.3 A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

A respeito da Teoria da Constituição Dirigente, como um aporte doutrinário ao trabalho ora apresentado, importa destacar que ela foi concebida pelo autor português José Joaquim Gomes Canotilho em sua tese de doutorado, intitulada de “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador” e publicada como livro no ano de 1982.

Como se verá adiante, essa teoria, apesar de ter permanecido em um lugar de destaque no debate constitucional brasileiro por muitos anos, e ter influenciado inclusive os trabalhos dos Constituintes brasileiros, atualmente convive com o descrédito de muitos juristas. Porém, após as adaptações propostas pelo seu criador, e dentro dos contextos histórico, econômico, jurídico e político do Brasil, ela ainda é útil ao debate constitucional pátrio e se mostra capaz de contribuir em prol da efetivação dos direitos fundamentais.

Canotilho, para elaborar tal teoria, partiu dos trabalhos escritos pelo jurista alemão Peter Lerche acerca da *dirigierende Verfassung* (Constituição dirigente). A partir disso ele passou a analisar a vinculatividade das normas constitucionais (muitas delas programáticas) presentes em constituições espalhadas pelo mundo e a aderência que os Poderes estatais deveriam ter com relação a esses preceitos, principalmente o Legislativo.

A teoria construída pelo autor português influenciou a elaboração da Constituição Portuguesa de 1976 e também foi muito aproveitada aqui no Brasil, nos trabalhos da Constituinte de 1987 e 1988, e contribuiu para a construção dos discursos paradigmáticos de ambas, já que, a Constituição lusitana se propunha a promover uma revolução e a brasileira surgiu com um conteúdo reformador. Contudo, a obra de Canotilho possui dois momentos marcantes. O primeiro deles é constatado do momento de sua publicação até o advento do prefácio da sua 2ª edição, período em

que a teoria teve muita aceitação, mas, posteriormente passou a ser criticada como ineficaz, diante das mudanças sociais e econômicas ocorridas com a globalização.

A respeito do primeiro momento da teoria é importante dizer que os debates trazidos por Lerche, no idos da década de 1960 e por Canotilho em sua tese original possuíam em comum a desconfiança no Poder Legislativo como capaz de determinar padrões e alterar realidades. Por isso, ambos os autores desejaram encontrar por meio dos seus trabalhos uma forma de vincular, positiva ou negativamente, o legislador à Constituição. Lerche tratou de discutir se o Legislativo poderia continuar a ser, em um Estado Constitucional de Direito, um poder livre nos fins ou se, pelo contrário, havia fundamentos jurídicos, teóricos e dogmáticos para defender que existem limites na liberdade do legislador. Já o autor Português tratou de defender que uma teoria da constituição constitucionalmente adequada à realidade em que ela está inserida deve permitir a ideia de vinculação do legislador por meio de normas programático-dirigentes. (CANOTILHO, 2001, p. XII e 158; e MOREIRA, 2010, p. 86).

Canotilho (2001, p. V e VI) fala que sua obra foi concebida em um momento histórico onde as ideias centrais das teorias da Constituição reconduziam-se, por um lado, à problematização das normas-programáticas (defendendo as normas de garantia de direitos) e, por outro, à defesa da *juridicidade* estatal (defendendo as normas de defesa perante o poder), em um debate dividido entre o modelo da Constituição programática e o modelo de Constituição liberal.

O fim das ditaduras militares, sobretudo na América do Sul, e o enfraquecimento do bloco socialista no final da Guerra Fria fez com que alguns textos constitucionais elaborados entre o fim da década de 1970 e durante a década de 1980, entre eles as Constituições portuguesa de 1976, espanhola de 1978 e brasileira de 1988, inserissem-se em um movimento de “modernidade projetante”, “optimisticamente crente na força transformadora das normas constitucionais”, como forma de substituir a programaticidade conservadora-corporativista que se via em Constituições com a Portuguesa de 1933 e a programaticidade da Constituição brasileira de 1946, vinda já do texto anterior de 1934. (CANOTILHO, 2001, p. VI).

Nesse primeiro momento a teoria defendia, basicamente, um afastamento em relação à clássica de Constituição, de ser simplesmente um estatuto delimitador de Poder. A este respeito, o que o autor português fez foi propor que as normas programáticas deveriam ser valorizadas, assim como os objetivos de mudança econômica e social que, à época, no artigo 1º da Constituição portuguesa de 1976 se propunham a realizar uma gradativa transição para o socialismo. Todavia, hoje tal artigo foi revogado. (MOREIRA, 2008, p. 100).

Dentro desta sistemática, a Constituição dirigente seria aquela que se propusesse a estabelecer os padrões pelos quais o Estado se pautaria e a definir as maneiras como ele estabeleceria a sua atuação, assim como os programas que deveria concretizar.

Logo, verifica-se, a partir do exposto, que, além de determinar os padrões pelos quais o Estado manifestaria a sua atuação, uma Constituição Dirigente, nesta perspectiva, deveria conter um discurso de mudança, seja ele revolucionário ou reformista. Por meio desse viés reformador/revolucionário a Constituição Dirigente teria como característica marcante o objetivo de não ser, simplesmente, uma “folha de papel”, tal como Lassale (2001, p. 23) concebeu em seus estudos, para se tornar um documento que estabeleceria os padrões de ações a serem tomados dentro do seu espaço de abrangência e que vinculariam a atuação de todos os Poderes estatais em busca da concretização do projeto de sociedade idealizado pela Constituição.

O meio pelo qual tal teoria propôs que isso poderia acontecer melhor seria pela vinculação do legislador às normas constitucionais, tendo como pressuposto disso a consideração da Constituição como norma, como uma Lei juridicamente vinculativa, e não simplesmente como declarações abstratas. (CANOTILHO, 2013).

Neste diapasão, Bercovici (2004, p. 11) diz que o núcleo da concepção de uma Constituição Dirigente estava na ideia de legitimar materialmente o texto constitucional pelos fins e pelas ações que ela prevê. Moreira (2010, p. 87), por seu turno, afirma que propostas que entendem a teoria da constituição como uma teoria social, tal como concebido por Canotilho com a teoria da constituição dirigente, são

meios para legitimar materialmente a Constituição pelas finalidades e atribuições que emanam do seu próprio conteúdo constitucional.

[...] assim, o problema apresentado por Canotilho sobre a Constituição Dirigente consiste num problema de legitimação, cujo principal objetivo é ofertar subsídios jurídicos e força para a mudança social, na medida em que esse modelo de constituição busca a racionalização da política, incorporando, ainda, uma esfera materialmente legitimadora, ao fundamentar constitucionalmente a política. (MOREIRA, 2010, p. 87).

A Constituição Dirigente, então, visa garantir subsídios jurídicos e força normativa para enfrentar o problema de legitimação da mudança social por meio de regras que irão influenciar uma prática política que redunde em efetivação dos objetivos traçados na teoria constitucional.

Vê-se, então, que a Constituição Dirigente, tal como à princípio concebeu Canotilho, não se limita a garantir o plano existente, pelo contrário, ela deve ser programática, no sentido de que irá manifestar um desejo (um sentimento e um espírito) de mudança por meio de um programa voltado para o futuro, que, segundo Bercovici (2004, p. 12 – 13) “politicamente, signifique fixar procedimentos com fins determinados, para que sejam efetivadas mudanças da realidade social e da sociedade por meio da influência direta do direito”.

Nesse aspecto, ao enfatizar as políticas públicas inclusivas e distributivas, em uma perspectiva reformista (como dito anteriormente) é que a Constituição Federal brasileira de 1988 se caracteriza como sendo essencialmente dirigente, pois ela, desde os seus primeiros artigos, claramente põe em destaque os direitos fundamentais e os princípios norteadores deles, dedicando, inclusive todo o seu artigo 5º para tratar de tais direitos.

Nelson Camatta Moreira (2008, p. 99) afirma que os compromissos assumidos pela Constituição brasileira de 1988 – especialmente aqueles previstos em seus três primeiros artigos – fazem com que esta seja classificada, segundo sua estruturação, como Constituição Dirigente, uma vez que ela não se resume a ser um mero ordenamento político, mas também se apresenta como sendo um ordenamento jurídico que tutela assuntos pertencentes às searas econômica e social. o autor

conclui destacando que as preocupações do texto constitucional de 1988 assentam-se em dois princípios basilares, sendo eles a proteção e a efetivação dos direitos humanos e a sedimentação da democracia – ambos os princípios utilizados como respostas ao Estado autoritário militar brasileiro e à ausência de reconhecimento e respeito ético-culturais.

O momento histórico também é um fator para o qual Arruda (2004, p. 573) chama a atenção para categorizar a Constituição brasileira de 1988 como sendo dirigente, pois a autora explica que o texto constitucional brasileiro promulgado em 1988 foi produto do conturbado momento histórico de quando ela foi elaborada, quando muito se carecia de afirmação de direitos aos cidadãos, no pós-ditadura militar. Arruda também afirma que a Constituição Federal ora vigente no Brasil reflete não só a posição das classes economicamente poderosas, mas também a correlação de forças atuantes à época de sua promulgação, sendo considerada uma Constituição dirigente, “à medida que admitiu linhas programáticas, tarefas e objetivos do Estado na construção de uma sociedade justa e solidária, condicionando a atuação estatal para áreas da educação, saúde, universalidade de direitos e justiça social”.

Sendo assim, em relação ao primeiro momento da teoria ora analisada, o direito à saúde concebido pela CF/88 se enquadra nos moldes de uma Constituição Dirigente por conta do conteúdo reformador que carrega, por meio de princípios e normas basilares que determinam não só uma regulamentação apropriada pelo Legislador como também uma vinculação efetiva dos demais Poderes ao texto constitucional, em prol desse direito social.

Entretanto, foi justamente a questão da efetividade prática que colocou em xeque a teoria da Constituição Dirigente, pois, na prática, o que se percebeu é que as normas, por elas mesmas, simplesmente, não foram suficientes para que o projeto constitucional fosse assimilado e praticado politicamente. Com isso, passou a ser discutido entre os juristas se efetivamente a normatividade constitucional seria suficientemente capaz de, por si só, garantir que os direitos estabelecidos e projetados por ela seriam colocados em prática na maneira como foram idealizados.

Com a crise na abordagem da teoria da Constituição Dirigente, a perspectiva em relação à vinculatividade das normas constitucionais entrou em descrédito para muitos juristas e, como os Poderes Executivo e Legislativo foram se mostrando ineficientes e descompromissados em buscar, de uma maneira satisfatória, a materialização dos direitos fundamentais instituídos pela CF/88, o efeito disso foi um direcionamento das expectativas populares para o Poder Judiciário, como se fosse quem poderia responder aos anseios e às necessidades dos cidadãos.

A partir disso o Judiciário assumiu certo protagonismo, pois os cidadãos, em busca da efetividade constitucional, passaram a submeter ao crivo das decisões judiciais a resposta que esperavam obter para os problemas decorrentes das deficiências nas políticas públicas. Porém, o que se viu foi um Judiciário julgando de forma pragmática e utilitarista, e, em muitos casos, fugindo de toda a lógica estruturante da Constituição, desrespeitando direitos fundamentais ao determinar prisões discutíveis e decisões que muitas vezes respondem mais às expectativas do mercado do que os direitos dos cidadãos.

Com o direcionamento dessas críticas à sua teoria, o próprio Canotilho propôs a morte da Constituição Dirigente, quando escreveu o prefácio da 2ª edição de sua obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”. Contudo, o autor português esclarece que:

A Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de *abertura* do direito constitucional ao *direito internacional* e aos *direitos supranacionais*. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se à categoria de <<linha Magiot>> contra invasões agressivas dos direitos fundamentais [...] acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das *políticas públicas* num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais. (CANOTILHO, 2001, p. XXIX).

A globalização e as novas tendências de mercado, por meio da comunicação instantânea, da integração do mercado internacional e da formação de blocos econômicos e políticos entre os países, como no caso do Mercosul e da União

Europeia, por exemplo, que estabelecem, em maior ou menor grau, a livre circulação de mercadorias e de pessoas, podem representar empecilhos a um normativismo programático-revolucionário. É bem verdade que isso pode dificultar uma maior sintonia entre interesses e necessidades dos Estados que se propõem relacionarem-se, mas, por outro lado, pode significar uma necessidade ainda maior de efetivar o plano de direitos fundamentais previstos constitucionalmente, haja vista que com a sociedade ficando cada vez mais múltipla e mais complexa aqueles países que não acompanharem o desenvolvimento do mercado e das políticas sociais estarão trazendo para si grandes prejuízos para o seu futuro, porque ficarão muito aquém dos demais países e isso será mais um ponto negativo nas relações futuras com o mercado e com as políticas externas.

Por isso, em países onde há uma grande demanda por melhorias sociais, como no Brasil, que está muito longe de alcançar os padrões dos países mais desenvolvidos neste aspecto, ainda se defende o enquadramento de um dirigismo constitucional capaz de auxiliar na efetivação das transformações sociais que ainda precisam ser realizadas. E, como visto, no Brasil, onde a Constituição estabeleceu formalmente um Estado Democrático de Direito e teve o seu texto escrito em um momento histórico de transição de um Regime de ditadura para um democrático, não se pode aceitar que menos de trinta anos depois da promulgação desse texto normativo os objetivos e princípios de valorização da cidadania sejam abandonados ou deixados de lado para que no seu lugar sejam priorizados exclusivamente os interesses do mercado e das agendas de países mais desenvolvidos, sendo que ainda há muito para ser melhorado no plano das políticas sociais de valorização dos direitos fundamentais.

Canotilho (2013), no segundo momento de sua teoria, permaneceu fiel à ideia de que a Constituição é para ser levada à sério, considerando ainda ser a Constituição brasileira um bom projeto, mas, atrelado a isso, entendeu o autor que ela não é um projeto totalizante da vida e das ideias, mas é um projeto que precisa ser acompanhado de outras dimensões, como políticas públicas de transformações sociais. Mas o autor alerta que a Constituição, como norma, em si, fica isolada e, como norma isolada, ficará desarmada, se não se tiver um encontro dela com os contextos e aplicações que devem ser feitas. Nesse sentido, no Brasil, como as

normas constitucionais de valorização do serviço público de saúde não são acompanhados das políticas públicas de transformação social elas se encontram isoladas.

A preocupação de Canotilho, a partir de então, estava na efetividade das normas constitucionais, que acabavam sendo deixadas de lado, praticamente ignoradas pelos líderes e governos dos países com Constituições Dirigentes, e se tornaram normas meramente utópicas e que, por isso, colocavam em risco toda a legitimidade do texto Constitucional, uma vez que a insuficiência prática da Constituição pode colocar em xeque toda a sua vinculatividade.

Segundo Lênio Streck (2002, p. 43), quando Canotilho disse que a constituição dirigente estava morta ele estava afirmando que é necessário haver não apenas uma teoria constitucional dirigente, mas que também precisa existir, simultaneamente, uma prática constitucional dirigente efetiva. Essa prática, então, deve ser 'moralmente reflexiva', de modo que substitua um direito autoritariamente dirigente e ineficaz, por outro que, por meio de outras fórmulas, permita completar o projeto social onde ele não se realizou.

Nesta perspectiva, a construção e aplicação de alguns métodos de 'eficácia reflexiva' podem ser a saída e a solução do problema da ineficácia identificado pelo autor português, para, com isso, direcionar o futuro para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que sejam capazes de reforçar a eficácia e de promover a efetividade que a Constituição propõe para a sociedade. Portanto, a aplicabilidade e a efetivação de uma Constituição Dirigente pressupõe o envolvimento político, uma identificação entre o sentimento constitucional e a vontade política, por parte da Administração Pública e dos Poderes do Estado, algo que não é possível de ser vislumbrado no Brasil atualmente.

Nesse novo momento, Canotilho (2001, p. 458) compreendeu que, para que seja eminentemente Dirigente, é necessário que a Constituição possua uma característica inegociável, que é o que ele chama de "filosofia de ação", ou seja, "um acionalismo que se dirige à produção, reprodução e alteração da Sociedade".

Não se desconhece que o *accionalismo* tanto pode pretender transportar-se num modelo *Jhering* de *mudança social através do direito*, onde se pressupõe uma acção de mudança através da <<automovimentação do direito>>, existente e vigente, como num *modelo marxista*, em que o direito é um meio de direcção social. Por isso, as constituições dirigentes, na formulação das suas normas de acção, tanto podem corresponder a um programa do <<liberalismo socialmente activista>> (uma <<teoria de alcance médio>>) como a um programa centrado numa *práxis* emancipatória ou reconstrutiva. (CANOTILHO, 2001, p. 458).

A importância da efetividade prática das Constituições dirigentes, então, está no fato de que a aplicação delas serve também para o seu próprio fortalecimento, de modo que não permite que elas morram ou caiam no absoluto descrédito.

Então, no segundo momento da teoria dirigente, como o autor português percebeu que a inserção do conteúdo programático na Lei Maior esbarra no conseqüente desafio da dinâmica social e política, ele passou a entender que a realidade “executiva” ou “concretizadora”, oriunda da “vontade de constituição” dos órgãos encarregados de aplicar o “programa constitucional”, é tão determinante para a concretização do projeto constitucional quanto a “realidade constitucional” que emana das normas constitucionais, condicionante da “motorização programático-constitucional”. (CANOTILHO, 2001, p. 151 -152).

A Constituição, portanto, não é um documento auto-suficiente e não vive isolada da realidade que a cerca. Ela é fruto da realidade social para qual foi concebida e também é um instrumento organizador desta realidade. A partir disso, em um movimento dialético, a Constituição é influenciada pela sociedade, mas também gera influência no corpo social, que novamente influenciará no texto constitucional, uma vez que existe a possibilidade de ela inclusive ser reformada/alterada, como é possível de ser feito no Brasil, em alguns casos permitidos pela Constituição. Isso faz com que coexistam duas manifestações políticas: uma de referência, estipulada pela Constituição, e outra prática, aquela que está na efetivação da ordem estipulada.

Logo, vemos uma morte relativa da Constituição Dirigente, pois tal teoria, em vez de ter morrido, se viu amadurecida, emancipada e pronta para alcançar novos horizontes de significação e de aplicação (MOREIRA, 2010, p. 89), já que esta nova concepção não enfraquece a verdadeira essência compromissária que faz parte da

natureza de uma Constituição Dirigente. Gonçalves (2013, p. 261) corrobora com esse entendimento, quando afirma que as Constituições Dirigentes ainda são necessárias e indispensáveis em países que ainda padecem de grande déficit social.

A teoria, apesar de ter perdido muito da sua influência, ainda é aplicável e faz sentido. Hoje, ela só não faz sentido para muitos porque representa um caminho que não lhes interessa. O STF, por exemplo, não tem lhe dado espaço em seus julgados, e, se a analisarmos dentro de uma lógica de mercado globalizado, ela propõe coisas que não interessam, porque ela prioriza os direitos sociais que são garantidos pelas normas constitucionais. Então, as políticas públicas vão precisar estar adequadas e empenhar esforços políticos e econômicos para efetivar o programa que está delineado pela Constituição.

Apesar disso, os conceitos trazidos ainda esbarram no problema da vinculatividade em relação às transformações que ocorreram no plano mundial, com o advento da teoria neoliberal, da globalização e da internacionalização do mercado e das relações. Então, há hoje algo que podemos denominar de *relativização da soberania estatal*, que pode colocar em risco todo o planejamento estratégico dirigente, diante das influências externas que incidem diretamente na tomada de decisões dos Estado e dos governos.

2.3.1 A Constituição Dirigente e a Soberania no Mundo Globalizado

Atualmente, então, a implementação das promessas do Estado Democrático de Direito convive com as dificuldades que a globalização trouxe em relação à soberania estatal, que passam a ideia de enfraquecimento do Estado e da própria Constituição, gerando uma grande dificuldade de conciliar as novas perspectivas globais com a administração dos problemas sociais locais.

Nelson Camatta Moreira (2010, p. 81), a partir das críticas que foram feitas à teoria original de Canotilho, cita que o grande desafio do constitucionalismo dirigente é conseguir afirmar um Estado Social num período histórico em que as relações são

altamente dinâmicas e se realizam em espaços que se desenham cada vez mais flexíveis e globalizados.

Se com a globalização há um prejuízo para a soberania estatal, ao texto constitucional, logicamente isso reverberará negativamente no projeto constitucional para a saúde pública, com maiores investidas do mercado externo também na comercialização de produtos e serviços médicos, o que fatalmente surtirá efeitos nas políticas públicas de saúde, pois a ideologia dominante no mercado tem visto a saúde como um bem de consumo que movimenta um nicho de mercado extremamente lucrativo.

Neste interim, a crise na soberania do Estado é algo positivo para os investidores do mercado internacional, pois lhes facilita a comercialização dos seus serviços e produtos. Por outro lado, na defesa dos direitos humanos, Ferrajoli (2002, p. 62) entende ser um ponto positivo da globalização o ainda emergente fortalecimento das normas e dos tratados internacionais que resguardam direitos humanos e fundamentais, de modo que deve ser adicionado a eles um debate sobre o realismo a curto ou a médio prazo; de modo a explicar que, se o caminho da humanidade for no sentido de haver uma universalização efetiva dos direitos fundamentais, a aplicação desses direitos deverá ser garantida de forma isonômica entre todos os signatários dos tratados e entre todos os membros de um bloco econômico e político.

Assim, pode-se projetar uma possibilidade de haver no plano internacional um dirigismo prático (e não apenas programático), que seja utilizado para compensar as mazelas e as diferenças oriundas de políticas ineficientes em países que possuem um *déficit* social.

Para Ferrajoli (2002, p. 62), outra situação que pode surgir com a maior integração havida por meio da globalização é a pressão dos países menos desenvolvidos sobre os países desenvolvidos, em busca de paridades. Essa pressão, segundo o autor, poderá assumir formas de violência explosiva, por meio de conflitos armados, ou, em um outro extremo, seja por “realismo ou por idealismo”, forçará os países mais estruturados a contribuírem para serem diminuídas as diferenças existentes e

influenciar o desenvolvimento dos países menos estruturados e ampliar a integração entre eles.

Se, de fato, a globalização efetivar as projeções que têm sido feitas dela, de a cada dia ter mais conexão entre os Estados, é bem verdade que não será possível um país permanecer isolado do contexto múltiplo que o cerca.

Isso não chega a ser algo que representa o fim da soberania estatal. Os sistemas internacionais precisarão ficar atentos à existência de um sistema mundial que influencia o desenvolvimento dos Estados também na esfera particular. Isso significa que não haverá apenas uma dinâmica dominando o desenvolvimento de um Estado, mas quer dizer que a unidade dos sistemas internacionais terá, de certa forma, uma primazia em relação a cada um dos seus componentes. (GIDDENS, 2008, p. 290 – 295).

Para Giddens (2008, p. 295), se isso ocorrer, em vez de ocasionar a morte dos Estados soberanos, apenas representará a necessidade de uma alteração no seu conceito, pois os Estados só serão compreendidos e respeitados como soberanos caso estejam inseridos em um sistema onde os outros Estados se considerem igualmente soberanos, levando-se em consideração que a soberania mutuamente reconhecida gera uma pressão implícita em todos os Estados para que seja mantido o respeito de uns para com os outros.

Gonçalves (2006, p. 283) concorda com Anthony Giddens, quando afirma que a própria ideia de soberania, quando considerada intimamente e isoladamente por um Estado, é um mito. Isto porque o enfraquecimento da concepção de Estado-nação está relacionado com a redefinição do conceito de soberania deste próprio modelo de Estado. Deste modo, com o advento da globalização o exercício de poder por parte dos Estados deixou de ser algo exclusivo e passou a ser estruturado com base em princípios que visam a abertura do mercado, a cooperação e a concorrência entre os Estados.

Não obstante esta adequação na figura do Estado, é pertinente destacar o raciocínio de Gonçalves (2006, p. 283), quando ele demonstra que nas relações de

cooperação entre os Estados são necessárias regras para regulá-las, dentre as quais, quanto maior for a cooperação maior deverá ser o âmbito dos assuntos a serem regulados. Como consequência desta lógica tem-se o fato de que em situações de cooperação internacional a exclusividade da soberania estatal diminuirá em certa medida. Assim, no mundo atual os Estados se veem incapazes de tutelar sozinhos os problemas que emergem a partir da globalização. Com isso, o papel de protagonista nas relações internacionais agora é fragmentado, dividido entre os países em colaboração, como também entre “instituições e organizações intergovernamentais, não governamentais, infra-estatais, [...] entidades privadas de carácter mercantil, profissional, cultural e social”, ficando cada vez mais relativizado o âmbito estatal simplesmente considerado e seu fundamento de “Estado-nação; território; população e soberania”. (GONÇALVES, 2006 p. 283).

Por tudo isso, é latente a necessidade de que os poderes públicos substituam a racionalidade formal por uma racionalidade material em seus processos decisórios, em sua maneira de interpretar as normas e aplicá-las. (TUTIKIAN, 2002, p.82).

Ou seja, é necessário que a interpretação das normas não se limite à literalidade do que está escrito no texto constitucional, mas também é preciso haver uma interpretação que venha a contextualizar aquele direito para que ele seja aplicado de maneira eficaz. Ademais, muito embora se fale muito na crescente atuação de normas regulamentadoras das interações supra-estatais,

[...] não é possível falar, hoje, de uma teoria geral da Constituição. A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional. Do mesmo modo, não há ‘um constitucionalismo’, e, sim, *vários constitucionalismos*. (STRECK, 2002, p. 54).

Sendo assim, mesmo havendo a necessidade de um núcleo mínimo global que seja capaz de acolher uma teoria geral da Constituição e seja comum a todos os países nesse mundo globalizado e de relações mútuas entre muitos países, há também um rígido núcleo específico pertencente a cada uma das Constituições propriamente ditas, sendo isso o que diferencia cada Estado dos demais. Este núcleo, para Lênio Streck (2002, p. 55) deve ser o dos direitos sociais fundamentais, de modo que

fundamente o cumprimento das promessas de integração feitas pelo o Estado moderno.

É se referindo às especificidades de contexto de cada país que Moreira (2010, p. 99) defende a validade da tese da Constituição dirigente, porque o Direito permanece sendo um instrumento de implementação de políticas públicas, haja vista que o conceito de Constituição não pode ser entendido como “entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias. Não há uma teoria da Constituição, mas várias teorias da Constituição, adequadas à realidade concreta, ou seja, ao tempo e ao espaço” de cada Estado.

Portanto, não é possível se falar em uma teoria geral de Constituição, aplicável cegamente a qualquer país. Cada Estado precisa contextualizar sua realidade dentro do âmbito nacional e internacional e adaptar da melhor maneira o seu projeto de sociedade.

Por estes motivos, a Constituição Dirigente deve ser compreendida como a unidade de um projeto de determinação de identidade que seja capaz de abranger todas as conquistas democráticas de uma sociedade, principalmente os direitos sociais fundamentais. Esta unidade do ordenamento jurídico não deve ser resumida a mera formalidade, mas, como dito anteriormente, deverá ser aplicada materialmente. Com isso, o ordenamento inteiro ficará condicionado e dirigido aos propósitos da concretização do programa constitucional. (TUTIKIAN, 2002, p. 83).

Uma compreensão neste sentido evidencia a veracidade dos dizeres de Canotilho, quando ele afirmou que a Constituição dirigente morre se o dirigismo constitucional for compreendido, simplesmente, como um revolucionário normativismo constitucional capaz de, por si mesmo, ocasionar as transformações necessárias à emancipação social.

Mas Lênio Streck (2002, p. 46) ainda vai além, ao analisar o panorama globalizante atual, ao afirmar que igualmente estará morto aquele texto constitucional que aplicar um dirigismo introvertido, debruçado sobre si mesmo e que não estiver aberto para o Direito internacional e para os direitos supranacionais. “Numa época de cidadanias

múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se contra invasões agressivas dos direitos fundamentais”.

Logo, a noção de Constituição que se pretende preservar, neste momento da história é aquela que garanta uma força normativa capaz de assegurar os fins sociais e econômicos do Estado, estabelecidos na sua Constituição, pois isso é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante. (STRECK, 2002, p. 60 – 61).

De outro giro, Canotilho, em videoconferência transcrita por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2003, p. 15) afirmou que a diretividade programática de uma Constituição nacional não muda, mesmo dentro de um contexto globalizante que fortalecer os tratados internacionais e faz com que as Constituições nacionais estejam em rede e, em termos de interorganização, elas “conversem” entre si.

A complexidade das sociedades atuais gera sistemas diferenciados e códigos funcionais diferenciados para cada Estado. Por isso, é incompreensível se projetar um código que unicamente venha a satisfazer as necessidades e as aspirações de todos os sistemas sociais espalhados pelo planeta, e que venha a dirigir constitucionalmente e de maneira eficaz toda a sociedade (STRECK, 2002, p. 45).

Por isso, mesmo sendo compreensível um dirigismo e uma atuação supra-Estatal que venha a minimizar as diferenças existentes nas sociedades espalhadas pelo globo, não se vislumbra uma maneira de relativizar completamente a soberania de cada Estado-nação para que um código unitário assuma o posto de unir e aplicar de maneira eficaz todos os preceitos e direitos contidos em seu texto.

A partir das ideias apresentadas resta claro que de maneira alguma a intenção ora apresentada é induzir uma conclusão no sentido de que o Estado-Nação não desempenha mais funções relevantes na nova ordem internacional, nem que a soberania estatal, na sua face voltada para o plano interno, tenha deixado de existir, mas o que, seguramente, se pode afirmar é que o modelo tradicional de Estado apresentado a partir do século XVI sofreu impactos altamente contundentes e deformadores em seu percurso histórico, em especial a partir da segunda metade do

século XX. Apesar disso, a Constituição Dirigente, em sua face relacionada com a prática estatal, ainda é importante e capaz de contribuir na efetivação de um direito tão importante como é o direito à saúde.

2.3.2 Constituição Constitucionalmente Adequada à Realidade Brasileira e a Política Pública de Saúde por meio de OS

Após analisar a inserção do dirigismo constitucional no mundo globalizado, neoliberal, aonde há uma grande relativização da soberania estatal, podemos compreender as projeções feitas pelos teóricos da teoria dirigente e as adaptações que deverão ser realizadas para que os projetos constitucionais vigorem na prática.

Um dos aspectos mais relevantes da teoria dirigente que se pode constatar está relacionado ao fato de que, apesar de o mundo estar cada vez mais interligado e as relações entre países soberanos estarem cada vez mais estreitas, cada Constituição que se propõe a ser dirigente deve adequar-se à realidade interna do seu país para desenvolver o seu projeto de sociedade.

Em relação ao Brasil, especificamente falando, vale dizer que o Ordenamento constitucional pátrio não consagrou expressamente uma única cláusula de transformação, mas o projeto transformador da realidade social está inserido no sistema constitucional como um todo. (MORAES, 2014, p. 280). Portanto, não há dúvidas de que a Constituição ora vigente no Brasil é uma Carta Dirigente. Todavia, lhe falta efetividade na materialização do seu projeto de valorização dos direitos fundamentais e correlatos.

Dentro do contexto atual brasileiro se encontra a política privatizadora do serviço público de saúde, como já abordamos no primeiro capítulo deste trabalho, onde existe uma valorização dos serviços particulares, um fortalecimento dos planos privados de saúde, um sub-financiamento da saúde pública e também a contratação de Organizações Sociais para a prestação do serviço público em substituição ao Estado, em substituição à Administração Pública.

Pudemos constatar também que atualmente as características do modelo de Estado Social, que ainda são preservadas pelo Estado Democrático de Direito, encontram-se enfraquecidas, uma vez que são muito combatidas pela ideologia neoliberal, que considera uma ameaça aos seus interesses a presença do Estado tutelando a vida, os serviços e algumas necessidades das pessoas, quando existe um poderoso mercado para nutrir os interesses do capital.

A Reforma do Estado aplicada no Brasil e que deu azo ao surgimento das Organizações Sociais é cheia de falhas e, na sua essência, não corresponde aos anseios expressos na Constituição ora vigente no Brasil. Existem problemas nas propostas que foram implementadas com a Reforma do Estado, pois houve uma despreocupação com mecanismos de controle da gestão pública.

Se é verdade que a Reforma passou a entender o público como algo bem mais amplo do que o estatal, possibilitando a gestão da coisa pública por entidades da sociedade civil (por exemplo, os contratos de gestão com OS e OSCIP), também é verdade que não se preocupou em criar mecanismos de controle eficientes em relação a esses novos contratos. (OMMATI, 2013, p. 58).

Em um país como o Brasil, onde a concentração das riquezas se encontra nas mãos de tão poucas pessoas, não se pode deixar que um direito de tamanha relevância, como o Direito à saúde, possa vir a ser suprimido ou relativizado por medidas tomadas pelo Estado, aquele mesmo Estado sobre o qual é imposto o dever de garantir tal direito.

Canotilho (2001, p. 456) entende que o Brasil, como um Estado Democrático de Direito, só pode ser assim considerado por estar conformado por uma Constituição Dirigente, pois, pelo seu modo de ver, é o dirigismo constitucional, que impõe a transformação do *status quo* do país. Entretanto, ele também considera que a força transformadora da Constituição só tem capacidade de operar por meio da vinculação não só do legislador, mas também por meio da adesão de todo o conjunto da Administração aos preceitos programático-diretivos da Constituição do Estado Democrático de Direito, que, em sua totalidade, forma um instrumento gerador da mudança social.

O papel do Judiciário nessa luta também deve ser enfatizado, uma vez que, quando for acionado, o Judiciário precisará atuar em conformidade com o sentimento constitucional presente na Constituição ora vigente e, por meio de suas decisões e deliberações, fazer valer na prática as expectativas explícitas no corpo da Lei Maior brasileira.

Em um país com um desenvolvimento social ainda defasado, em relação aos países mais destacados, como o Brasil, que ainda carece muito de políticas públicas inclusivas e de valorização da cidadania e que sofre muita influência das políticas neoliberais e globalizantes, a necessidade de ser trabalhada uma teoria constitucionalmente adequada é destacada por Nelson Camatta Moreira (2008, p. 89). O autor também afirma que, mesmo que haja dificuldades e empecilhos, é preciso assegurar um “núcleo mínimo valorativo”, que seja construído e tenha um reconhecimento com base na realidade social e histórica brasileira, para que não ocorra a “desconstitucionalização fática” ou “concretização desconstitucionalizante” que, na prática, atue no sentido de manutenção do *status quo* social já existente.

Para isso, é necessário aliar discurso e ação, de modo que seja possível haver uma transformação na realidade brasileira nos moldes preconizados e determinados pela Constituição Federal de 1988, em especial no que toca ao assunto do Direito à saúde, que é o destaque do presente trabalho, para que, assim, não ocorra uma confusão e uma total descaracterização ideológica, como a que foi ilustrada de forma brilhante por Geroge Orwell em sua obra “A Revolução dos Bichos” (2007, p. 112), quando ele narra que “as criaturas de fora olhavam de um porco para um homem, de um homem para um porco e de um porco para um homem outra vez; mas já era impossível distinguir quem era homem, quem era porco”.

Ou seja, a mudança de postura para uma atitude que incorpore o sentimento constitucional e busque aplicá-lo na prática brasileira precisa mostrar ao cidadão o seu valor como cidadão e os seus direitos como tal, para que ele não seja atraído pelo “canto da sereia” da lógica neoliberal e, com isso, passar a defendê-la sem saber que está jogando contra seus próprios interesses, já que os defensores e os poucos que se beneficiam do sistema neoliberal, no fundo, para alcançar os seus

objetivos, lutam para que a Constituição brasileira seja uma utopia, uma mera “folha de papel” com relação aos direitos fundamentais, incluído o Direito à saúde.

Destaca-se a falta de um sentimento constitucional nos cidadãos brasileiros como um ponto determinantemente negativo e algo que compromete a efetivação da própria Constituição dirigente no Brasil, na medida que este texto depende diretamente de uma cidadania ativa, da participação concreta dos cidadãos, algo que Moreira (2008, p. 118) vê como capaz de, ao lado da própria Jurisdição constitucional, implementar as promessas descumpridas da modernidade.

A verdadeira democracia insere o indivíduo ou o grupo como atores sociais concretos e relevantes, que por meio da relação entre a razão instrumental e a memória e as expectativas desses atores, são elementos sem os quais não existem “atores para produzirem a história, mas somente agentes reprodutores de uma ordem fechada sobre si mesma”. (FABRIZ, 2003b, p. 94).

Portanto, é necessário acordar a população brasileira, em todos os seus contextos (desde as pessoas mais simples até aqueles que ocupam os altos escalões do Governo) para o seu papel de protagonista da transformação social, de modo que compreendam que a necessidade de valorização dos direitos fundamentais, do direito à saúde, são importantes para o Brasil a tal ponto que pode representar a morte da Constituição vigente, caso o seu projeto para a sociedade seja omitido em detrimento de investimento e priorização dos interesses do mercado.

Ainda é difícil isso acontecer no Brasil porque é muito difícil ver materializada a democracia em um modelo de sociedade onde boa parte dos cidadãos não são devidamente reconhecidos como sujeitos relevantes para o sistema democrático. Nesse tipo de sociedade a concretização da democracia vai ocorrendo simultaneamente à consolidação dos direitos fundamentais instituídos pela Constituição.

É abordando a importância de um verdadeiro sentimento constitucional para tornar possível efetivar a Constituição Dirigente que Nelson Camatta (MOREIRA, 2008, p. 105 – 106) explica que:

A construção hermenêutica de um *sentimento constitucional* pode ser o elo entre a situação de indignidade humana e o estágio social mais justo conforme prometido pelo art. 3º da Constituição brasileira. Para tanto, a atuação do Estado, ao contrário da teoria defendida pelo discurso neoliberal, se faz fundamental. A Constituição de 1988, com seu texto dirigente-compromissário, intenta implementar um modelo de Estado que venha, finalmente, atender os seus fins sociais, historicamente (so)negados.

Como o Brasil é um país que há pouco tempo saiu de uma experiência autoritária, por meio da ditadura militar ainda é difícil se implementar o discurso compromissário e dirigente que emana da Constituição de 1988, haja vista a cidadania brasileira ainda estar em fase de formação.

Apesar dessa falta de consciência por parte da maioria da população brasileira, Canotilho (2001, p. XIII) aborda que o fato de a Constituição brasileira de 1988 ser fruto da queda de um regime ditatorial ela é a tradução da tomada de consciência e dos desejos da maioria excluída da população, que espera e anseia por profundas mudanças sociais, de modo que essas expectativas estão traduzidas na Constituição nas narrativas emancipatórias, nas normas programáticas e na força de transformação da sociedade que ela possui.

Na reconstrução da cidadania e no resgate das negligências havidas durante a história brasileira, para que a Constituição Dirigente cumpra seu papel em um Estado Democrático de Direito ela já não pode mais se limitar a ser apenas um “fruto da inteligência constitucional”. Por esse motivo, a relação de “estar-em-Constituição” nunca deve perder de vista as motivações emocionais e as “conexões normativo-institucionais” do “ter-Constituição” e dessas duas perspectivas conviverem conjuntamente, conforme deliberado pela Constituição. (VERDÚ, 2004, 74).

Ainda falta no Brasil não apenas uma consciência e um sentimento constitucional sentido pelos cidadãos, mas também aos membros dos Poderes Executivo, Judiciário e até do Legislativo, de modo que eles tenham uma melhor compreensão não só da força normativa da Constituição, mas também da necessidade de ser materializada a Constituição dirigente, programática e compromissária que temos. Uma compreensão como essa, segundo os pensamentos de Moreira (2010, p. 198), é fundamental para se atribuir sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade em um Estado Democrático.

Moraes (2014, p. 281) afirma ser “necessário que as forças sociais, a sociedade como um todo, faça um esforço de correspondência à configuração do futuro positivada no dever-ser constitucional”.

Sobre a necessidade de uma estruturação adequada para serem efetivados os direitos fundamentais dos cidadãos, Daury Cesar Fabríz (2003b, p. 94) explica que a afirmação do sujeito como um verdadeiro sujeito de direitos não se opera em um vazio social, ela está apoiada em uma luta contra a lógica dos aparelhos dominantes e “requer condições institucionais que são a própria definição da democracia e conduzem à combinação da diversidade cultural com a referência de todos à unidade da lei, da ciência e dos direitos do homem”.

Ou seja, como a “filosofia da ação” é um pressuposto presente na Constituição Dirigente brasileira, ela também representa uma arma de legitimação social que, para ser concretizada requer a participação social, aliado às ferramentas institucionais políticas e ideológicas do Estado.

[...] para que tudo isso aconteça, é necessário que a máquina estatal efetivamente direcione os seus mais eficazes mecanismos de atuação para o âmbito social e deixe de privilegiar o *dirigismo financeiro voltado para os interesses do mercado e da economia privada* em detrimento de um necessário dirigismo social. É necessário que se combata esse sincretismo teórico e político contrário à Constituição Dirigente, ou seja, é preciso que se resista às teorias e práticas que, por um lado, atacam ‘os dispositivos constitucionais relativos às políticas públicas e direitos sociais’, sob o pretexto de que esses “engessam” a política retirando a liberdade de atuação do legislador”, e, por outro, defendem as “políticas de estabilização e de supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais”. E os *combatentes desse bom combate* só podem ser o Estado jurisdição (ativismo) acompanhado da sociedade civil em suas diferentes formas de (auto) organização democrática, com ou contra governo(s), em prol da proibição de retrocesso social. (MOREIRA, 2010, p. 213 – 214).

No Brasil, então vemos cidadãos com pouca influência dentro da prática democrática, vemos lideranças dos Poderes estabelecidos na República que agem de forma completamente autônoma e seguindo apenas os interesses que lhes são convenientes dentro da sua própria consciência.

O sentimento constitucional está presente na Constituição, nós o “temos”, mas ele ainda carece da faceta do “ser” que não é vislumbrado no semblante de cada

brasileiro, que em sua grande parte vive alheio aos direitos que possui e acaba aceitando tudo o que lhe é imposto.

Na conjectura em que o Brasil se encontra, a Constituição está estabelecida formalmente e isso não se discute. Ainda não se ouvem vozes clamando por um novo texto constitucional e a CF/88 possui um bom projeto de sociedade. Portanto, é por ela que o povo brasileiro precisa lutar, é este o sentimento constitucional que deve ser vivido, em prol da concretização dos preceitos constitucionais, de uma maneira adequada à realidade brasileira e que não permita haver nenhum desvio por parte de nenhum Poder estatal, mas que tanto o Legislativo, quanto Executivo e o Judiciário trabalhem juntos em prol de um objetivo comum, que já está posto desde 1988.

Caso contrário, se a omissão brasileira em relação aos pilares dos direitos fundamentais que sustentam a sua Constituição perdurarem não é exagero afirmar que a legitimidade da Constituição estará comprometida. Vale destacar que o mesmo também ocorrerá no caso de as políticas públicas de promoção dos direitos sociais no fundo forem implementadas como um serviço prestável aos interesses da iniciativa privada (como tem sido realizado com o direito à saúde). Se esse panorama permanecer os cidadãos menos favorecidos se tornarão reféns da própria Constituição que lhes garante direitos, uma vez que o conteúdo normativo cria a expectativa de mudança e melhoria na vida da grande massa menos favorecida. Assim, quando as políticas se prestam ao serviço exclusivamente dos interesses de minorias, a esperança entabulada na “folha de papel” servirá apenas como instrumento de dominação por meio da ilusão e da esperança.

A teoria da Constituição dirigente, então, aliada à teoria do sentimento constitucional ainda permite lutar por um resgate dos planos de reforma da saúde contidos na Constituição brasileira. Dentro dessa lógica, o Poder Judiciário tem papel fundamental de aplicação e resgate tanto do sentimento constitucional que precisa ser “educado” quanto do dirigismo constitucional que nada mais é do que uma expressão do próprio sentimento constitucional, em prol da valorização dos direitos fundamentais, de maneira geral, e mais especificamente de abrangência da cidadania, da democracia e dos direitos sociais, como é o Direito à saúde.

3 O JULGAMENTO DO STF NA ADIN N° 1.923/98 FRENTE ÀS TEORIAS DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL E DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Como se verá adiante, a decisão do Supremo na ADIn n° 1.923 em muitos aspectos se afasta dos preceitos determinados pela Constituição brasileira para a saúde pública e para a realização do serviço de saúde pelo setor privado e acaba dificultando a materialização da cidadania e do direito fundamental de acesso ao serviço eminentemente público de saúde.

Para analisar a decisão do STF na ADIn n° 1.923, além do conteúdo até aqui construído, é importante também analisar sobre como o ordenamento jurídico pátrio trata a respeito dos temas abordados na Ação, como a discricionariedade nos atos administrativos, a dispensa de licitação para o caso das Organizações Sociais e sobre o poder de fiscalizar do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, para analisar cada caso à luz das teorias anteriormente explicadas.

3.1 A ADIN N° 1.923/98

Desde a sua criação, a Lei n° 9.637/98, que criou as Organizações Sociais e formalizou a parceria entre elas e o Poder Público por meio do Contrato de Gestão, foi muito criticada por juristas e por políticos que faziam parte da Oposição. Rapidamente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn n° 1.923 – foi proposta pelos partidos PT (Partido dos Trabalhadores) e pelo PDT (Partido Democrático Trabalhista) e tinha como pedidos principais: que fosse declarada inconstitucional a Lei n° 9.637/98, assim como o inciso XXIV do art. 24 da Lei de licitações (Lei n° 8.666/93), que foi incluído pela Lei n° 9.648/98 e prevê a dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

Em agosto de 2007 o Supremo indeferiu a medida cautelar pleiteada pela referida ADIn, quando o então relator, o Ministro Eros Grau, sob o argumento de que, à

primeira vista, inexistia incompatibilidade das normas impugnadas com a Constituição, considerando ele que o texto constitucional brasileiro não impôs ao Estado o dever de prestar as atividades elencadas pela Lei nº 9.637/98 exclusivamente, por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impediu que elas fossem desempenhadas por entidades por ele constituídas para isso, como são as organizações sociais.

Os argumentos utilizados no indeferimento da liminar foram uma prévia dos argumentos que seriam utilizados, posteriormente, na ocasião da decisão final da Ação, mostrando já no ano de 2007 que para o Supremo a complementaridade era entendida como algo que poderia ser fomentado pelo Estado, e não como uma solução alternativa e temporária até ser possível melhorar o serviço ao ponto de não mais ser necessária a colaboração do ente privado.

Após a decisão liminar ser proferida, o processo continuou de maneira muito lenta, sendo sido julgado somente no ano de 2015, tendo como voto condutor o do Ministro Luiz Fux, vencedor por 7 votos contra 2, dando parcial provimento à ADIn e declarando ser constitucional a Lei das Organizações Sociais. Além disso, a decisão do Supremo confirmou ser desnecessário o procedimento de licitação para a celebrar Contratos de Gestão; afirmou que os atos de qualificação e de celebração do contrato de gestão estão sujeitos à discricionariedade da Administração Pública e também estabeleceu que as atividades das Organizações Sociais estão sujeitas à controle do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público.

O Ministro Fux, proferiu seu voto em maio de 2011, e emitiu o entendimento no sentido de que alguns serviços públicos podem ser prestados por entes não estatais, quando se tratarem de serviços não exclusivos, tais como os deliberados pela lei atacada por meio da ADIn nº 1.937, sendo que isso não significa uma renúncia do Poder Público ao seu dever de agir. Todavia, ele alertou que delegar os serviços públicos a particulares é uma situação juridicamente aberrante, uma vez que são funções típicas do Estado.

Ora, como entender então a lógica aplicada pelo Ministro em seu voto, se ele considera constitucional a Lei das Organizações Sociais, mas, ao mesmo tempo, entende que o ato de o Estado delegar a prestação de serviços públicos para particulares é uma situação juridicamente aberrante? Se é uma situação aberrante no contexto jurídico, então ela não deve ser utilizada, ou, em caso de extrema necessidade, deve ser feita de maneira moderada, como algo paliativo, e não permitir que isso se torne uma regra.

Nesse sentido, o voto de Fux se mostra controverso e representa o grande dilema enfrentado pelo Judiciário atualmente, que é justamente o de assimilar a vinculatividade das normas constitucionais brasileiras e fazer com que suas decisões correspondam ao conteúdo construtivista priorizador dos direitos fundamentais que elas carregam, em contraposição ao utilitarismo e ao pragmatismo exigidos pelos interesses de mercado e da globalização.

De antemão, o que se pode afirmar em relação a esse dilema enfrentado pelo STF na decisão da ADIn nº 1.937 é que um tribunal constitucional, como o Supremo, não pode ficar refém de exigências informais e que representam os interesses de determinado grupo da sociedade. Antes disso, as suas decisões precisam refletir as aspirações constitucionais, o que claramente não foi o caso. Um grande problema que surge disso é que uma decisão como essa se torna um precedente que pode significar um novo padrão de decisões que desembocarão em um sentimento constitucional ainda mais “apático” pela população e, de quebra, enterrará de vez qualquer sonho de que a Constituição brasileira seja constitucionalmente adequada à realidade brasileira e concretize os seus direitos fundamentais.

Por conseguinte, além de declararem a constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 os ministros citados também decidiram que inexistente violação ao dever constitucional de licitação estabelecido pelo artigo 37, inciso XXI da CF, mas, ao mesmo tempo, entenderam que o procedimento de qualificação configura hipótese de credenciamento e que há competência discricionária da Administração Pública que deverá estabelecer critérios objetivos submetidos aos princípios constitucionais do *caput* do artigo 37 constitucional. O voto do relator declarou que inexistente permissão a arbitrariedades na Lei nº 9.637/98 pois, no seu entendimento, o contrato de gestão

tem natureza de convênio. Por isso, ele deve ser celebrado necessariamente por meio de procedimento objetivo e impessoal.

Ainda sobre a questão da constitucionalidade da inexistência do dever de licitação, o Supremo também decidiu que não é possível exigir que os contratos celebrados pelas OSS com terceiros realizem procedimentos de licitação, devendo apenas ser observado o núcleo essencial dos princípios da administração pública estabelecidos pelo artigo 37, caput, da CF/88, por meio de um prévio regulamento próprio para contratações.

Por fim, destaca-se do voto relator a definição de que a relação entre o ente Público e as Organizações Sociais é passível de fiscalização e controle por parte dos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público.

Os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber tiveram seus votos vencidos. O primeiro deles pediu vista dos autos em maio de 2011 e só proferiu seu voto em 15/04/2015. Marco Aurélio, em seu voto, acolheu a tese elaborada pelos autores da ADIn e entendeu que o Plano Nacional de Publicisação configura privatização que ultrapassa as fronteiras permitidas pela Constituição e que os serviços elencados pela Lei nº 9.637 como passíveis de serem delegados por meio de Contrato de Gestão são insuscetíveis de serem dados em concessão e devem ser prestados diretamente pelo Estado, devendo as Organizações Sociais ter apenas caráter complementar, e não se tornarem regra, como há a tendência atual, por configurarem uma verdadeira privatização dos serviços públicos essenciais. O Ministro ainda afirmou que na República brasileira, a coisa pública é inapropriável por particulares e qualquer permissão para que não sejam realizadas licitações é inaceitável.

Toda essa relação analisada pelo presente trabalho é eminentemente dialética. Sobre isso, são importantes e esclarecedoras as palavras de Daury Cesar Fabriz (2003b, p. 86), quando ele afirma que:

A vida política é feita dessa oposição entre decisões políticas e jurídicas que favorecem os grupos dominantes e o apelo à determinada moral social que defende os interesses dos dominados ou minorias e é escutado porque

contribui também para a interação social. Portanto, a democracia nunca será reduzida a procedimentos, tampouco a instituições; mas é a força social e política que se esforça por transformar o Estado de direito em um sentido que corresponda aos interesses dos dominados, enquanto o formalismo jurídico e político a utiliza em um sentido oposto, oligárquico, impedindo a via do poder político às demandas sociais que coloquem em perigo o poder dos grupos dirigentes". (FABRIZ, 2003b, p. 86).

Portanto, a vida política democrática não pode ser reduzida a procedimentos formais, políticos ou jurídicos, que se propõem a serem armas de dominação arbitrária, pois a democracia é uma força social e política a ser utilizada com o objetivo de transformar o Estado até ao ponto de ele estar em sintonia com os interesses do grupo dominado.

Neste caso, independentemente dos resultados das políticas públicas e da decisão do Supremo, os interesses do grupo dominado são os mesmos delineados pela Constituição Federal, de valorização do direito fundamental à saúde e de concretização do dever estatal de prestar suficientemente esse serviço e isso é o que deve ser priorizado. Essa é a base principiológica, de base dirigente, que deve ser almejada e colocada em prática no Brasil, esse é o espírito e o sentimento democrático que deve ser resgatado e vivido.

Fabriz (2003b, p. 86) ainda explica que afirma que as classes dominantes se utilizam da estrutura estatal para favorecer os seus interesses. Por sua vez, os dominados, para buscar seus interesses, devem fundamentar suas ações e discursos nos conceitos éticos de justiça, liberdade, igualdade e solidariedade, pois, para o autor, "os conceitos democráticos não surgem do Estado de Direito, mas do apelo aos princípios éticos de liberdade e de justiça, em nome da maioria sem poder e contra os interesses da minoria dominante".

A partir dessas considerações, constata-se que a democracia e a cidadania só é efetivada quando há um posicionamento rígido e bem definido da parcela da população que é desprivilegiada em prol dos princípios éticos basilares da sociedade. Dentre tais princípios, podemos incluir o direito à saúde tal como ele é definido pela CF/88, os quais requerem uma atenção maior por parte dos cidadãos brasileiros, que são os principais interessados.

É nesse espírito que as principais decisões tomadas pelo Supremo na ADIn nº 1.937/98 serão analisados, tomando como base os pressupostos do sentimento constitucional e da Constituição dirigente contidos na CF/88, entendendo que o papel do Supremo Tribunal Federal é de extrema importância na luta pela aplicação dos mesmos e na efetivação de uma Constituição Constitucionalmente Adequada à realidade brasileira.

3.2 O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS ATOS DE QUALIFICAÇÃO E DE CONTRATAÇÃO DAS OSS

A análise em relação à discricionariedade nos casos de qualificação e celebração do contrato de gestão passará por um breve levantamento sobre como o Ordenamento Jurídico brasileiro trata a respeito da discricionariedade e do poder discricionário da Administração Pública, para, em seguida, serem traçadas as linhas gerais que orientarão os enfoques em relação a tais atos Administrativos.

3.2.1 O Poder Discricionário da Administração Pública

O Direito brasileiro concede um poder discricionário à Administração Pública para a prática de determinados atos administrativos, implícita ou explicitamente no texto normativo, que conferirá aos Administradores da coisa pública liberdade de escolha a partir de critérios fundamentados na conveniência, oportunidade e conteúdo. (FREITAS, 1998, p. 104).

Os atos discricionários se diferem dos atos vinculados, pois, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 434):

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Logo, enquanto os atos vinculados são prévia e objetivamente estabelecidos pelo Ordenamento Jurídico como sendo os únicos atos permitidos em determinadas

circunstâncias ou cumpridos determinados requisitos, a discricionariedade no âmbito do Poder Público, por sua vez, representa uma margem de liberdade de atuação e decisão deixada pelas normas jurídicas. Essa discricionariedade permite à autoridade decidir, dentro da legalidade, por uma dentre as alternativas de soluções possíveis na margem permitida pelo Ordenamento Jurídico, para responder aos anseios do interesse público e, em consequência disso, os atos discricionários que não respeitarem tais preceitos serão considerados nulos.

Dentre as limitações impostas pelo Ordenamento sobre o ato discricionário estarão os aspectos que compreendem a competência, a forma e a finalidade (MEIRELLES, 2014, p. 132). Assim, as regras legais definirão qual autoridade é legalmente competente para praticar determinado ato discricionário; essa autoridade será específica e deverá obedecer à forma legal de realizar o ato designado, de maneira que atenda a finalidade para a qual o ato se destina, que sempre será em benefício de responder aos anseios do interesse público.

O ato discricionário também deve ser realizado a partir do mérito, um critério que possui caráter jurídico normativo, mas que não implica na perda da autonomia do Poder Executivo. Para Rodrigues (2003, p. 137) o mérito tem um sentido político, pelo qual o Estado tem a função de atender aos interesses públicos que estão compreendidos dentro dos limites legais, por meio das dimensões da oportunidade (motivo) e da conveniência (objeto), para que seja possível atender os interesses públicos envolvidos.

Portanto, podemos constatar que o ato discricionário é apenas uma variação do ato vinculado, pois não existe discricionariedade indiscriminada e, em maior ou menor grau, a discricionariedade estará vinculada a alguns limites que foram considerados pelo legislador como abertos para alcançar o interesse público, e não que o Administrador terá liberdade para atuar conforme aquilo que bem entender.

3.2.2 Os Procedimentos Legais de Qualificação e Contratação das Organizações Sociais de Saúde, de Acordo com a Lei nº 9.637/98

Especificando então a abordagem do presente trabalho ao que concerne às escolhas na relação de contratação das Organizações Sociais pelo Poder Público, se faz necessário compreender como a lei dispõe que tais atos devem ser realizados.

A Lei nº 9.637/98 define que o ato de escolha e habilitação, que leva um ente privado a se tornar uma Organização Social, é chamado de “qualificação”. Essa nomenclatura aparece já no artigo primeiro da referida lei, o qual define ser de competência do Poder Executivo o ato de qualificação. Este dispositivo ainda esclarece que poderão se tornar Organização Social as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Em seguida, o artigo 2º elenca um rol de requisitos específicos que as entidades privadas precisam preencher para que estejam aptas a se tornarem Organização Social. Todavia, ao rigor da literalidade da Lei nº 9.637/98, o que se constata é que as condições pré-estabelecidas no referido dispositivo não são suficientes à qualificação automática de tal pessoa jurídica privada em uma OS, isso apenas lhe garante o direito de habilitar-se a ser qualificada, pois o *caput* de tal artigo define que os requisitos elencados ali *“são requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social”*.

Logo, mesmo que uma pessoa jurídica se enquadre nos requisitos legais, ainda será necessário um “aceite” do Poder Executivo para garantir a ela todos os efeitos legais da qualificação como “Organização Social” - “entidades de interesse social e utilidade pública”, tal como está disposto no artigo 11 da referida lei.

Nesse ponto, em relação aos requisitos de um possível ato discricionário da Administração Pública, a questão que deve ser respondida é se os elementos de conveniência e oportunidade estão logicamente preenchidos quando a candidata a se tornar Organização Social cumpre todos os requisitos objetivos ou se ainda cabe ao Poder Público considerá-los de modo discricionário.

Por conseguinte, em relação à contratação de uma OS, os artigos 5º e 6º da já citada Lei das Organizações Sociais estabelecem que a entidade pública supervisora e a OS precisam assinar um documento chamado “Contrato de Gestão”, que será o único meio capaz de selar uma “parceria” entre o Poder Público e o ente privado. Tal Contrato discriminará todas as atribuições, responsabilidades e obrigações entre as partes contratantes.

No caso da saúde, as entidades supervisoras serão o Ministério da Saúde, no âmbito federal, e as Secretarias, ou órgãos equivalentes, nos universos estaduais e municipais, conforme se extrai do artigo 9º da Lei nº 8.080/90.

Ademais, no ato de assinatura do Contrato de Gestão a artigo 7º da lei nº 9.637/98 define a necessidade de serem observados os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade, entendido este último como sendo o mesmo princípio popularmente conhecido como “princípio da eficiência”.

Apesar de a Lei especificar a incidência desses princípios apenas no momento de estabelecer os termos do contrato de gestão, a lógica Constitucional dentro do contexto de uma Constituição Dirigente carregada de um sentimento de valorização social, principalmente em seu artigo 37, parte do pressuposto de que todos os atos administrativos deverão ser submetidos a tais princípios. Portanto, não é forçoso afirmar que o ato de qualificação também deve respeitá-los.

Assim sendo, diante da importância desses princípios tanto no momento da qualificação quanto da contratação de uma OS, faremos uma breve abordagem a respeito de cada um dos princípios constitucionais da Administração Pública citados anteriormente para que nos ajudem a compreender como devem ser realizadas

escolhas do Estado no que tange a qualificação e a contratação das Organizações Sociais da Saúde.

O primeiro princípio a ser destacado é o que conclama a legalidade. Sobre ele, desde logo, é válido dar ênfase às palavras de Odete Medauar (2012, p. 135), que entende ser este princípio uma das mais importantes decorrências caracterizadoras de um Estado como Estado de direito, porque é por meio desse princípio que os alicerces das atividades Administrativas estarão estabelecidos.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2014, p. 90) a legalidade, como um princípio administrativo estabelecido pela Constituição, significa que no exercício de toda a atividade administrativa o administrador público está “sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.

Portanto, as regras estabelecidas legalmente para a atividade administrativa definem os padrões de condutas e a maneira como deve se portar o agente Público no exercício de suas funções.

Meirelles (2014, p. 91) complementa dizendo que “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal”, uma vez que nessa atividade só é permitido fazer aquilo que é autorizado por lei.

O princípio da impessoalidade, segundo De Mello (2014, p. 117) e Carvalho Filho (2014, p. 20), aborda a ideia de que a Administração deve tratar os administrados sem nenhum tipo de discriminação, benefícios e exceções. Sem favorecer ou perseguir ninguém em detrimento de outro. Este princípio, para ser melhor aplicado, deve ser analisado em conjunto com outro princípio constitucional, qual seja, o princípio da isonomia, pois possuem características interligadas, que podem ser constatadas no *caput* do artigo 37 da CF e no *caput* do artigo 5º do mesmo Diploma. Além disso, o objetivo principal deve ser sempre o interesse público, em detrimento do privado.

Na atuação do ente público, então, para que de fato haja impessoalidade, está vedado qualquer tipo de favorecimento a alguns indivíduos, em detrimento do prejuízo de outros, pois o interesse público é mais importante do que os interesses privados.

Por sua vez, o princípio da Moralidade, em síntese, sem se confundir com o princípio da legalidade, priva por um comportamento, tanto da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, que respeite a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e equidade e a ideia comum de honestidade que são compreendidos dentro do contexto histórico e cultural da sociedade brasileira. (DI PIETRO, 2014, p. 79).

Já o princípio da publicidade, basicamente, se refere ao dever que a Administração Pública possui de ser transparente em seus comportamentos, em seus contratos e em suas escolhas, pois, em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), “não pode haver ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam”. (DE MELLO, 2014, p. 117).

Ainda sobre a publicidade, Carvalho Filho (2014, p. 25) destaca que ela existe porque os atos da Administração merecem a mais ampla divulgação e clareza possível aos administrados, pois “constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos”. Portanto, nenhuma escolha ou nenhum ato administrativo deve ser ocultado de modo a impossibilitar o controle e a fiscalização popular.

O último princípio a ser destacado é o da eficiência, o qual, assim como os demais, existe de maneira complementar aos outros já vistos até aqui e busca um melhor funcionamento da máquina pública.

Para isso, o princípio da eficiência, exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Ele é o princípio mais moderno da função administrativa, acrescentado ao *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 por meio da Emenda Constitucional 19/98. (MEIRELLES, 2014, p. 102).

Odete Medauar (2012, p. 241) elucida que o vocábulo “eficiência” liga-se à ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Portanto, esse princípio, associado à Administração Pública, determina que a Administração deve agir de maneira rápida e precisa, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população.

A doutrina, dentre eles Gomes (2001, p. 132) e Freitas (1998, p. 106), faz coro à necessidade de pautar a relação do Poder Público com as organizações sociais pelo crivo dos princípios constitucionais da Administração Pública, por entenderem que, como visto anteriormente, as OS não são entes da administração direta e nem indireta, mas são revestidas de caráter público por conta das atividades que elas executam em parceria com o poder público e se utilizam de bens do patrimônio público, movimentando grandes cifras em dinheiro.

Nesses termos, podemos constatar que os princípios constitucionais da Administração Pública aqui abordados se complementam entre si, de modo que tanto no ato de qualificação, quanto no momento da celebração do Contrato de Gestão o Administrador deverá atuar em busca do interesse público, seguindo regras pré-estabelecidas e respeitando os limites impostos pelo Ordenamento Jurídico, sem favorecer ou prejudicar nenhum terceiro, observando os preceitos morais e legais de conduta, dando máxima publicidade dos seus atos, sempre em busca de uma maior eficiência em tudo o que fizer. Assim, vale destacar, que os atos administrativos que não cumprirem tais requisitos serão considerados nulos.

3.2.3 A Decisão do STF na ADIn nº 1.923/98 e a Discricionariedade do Poder Público Para Qualificar e Contratar Organizações Sociais

Em relação ao procedimento de qualificação, o STF, ao julgar a ADIn citada, firmou entendimento no sentido de que tal ato configura uma “hipótese de credenciamento” de competência discricionária da Administração Pública, por se tratar de uma etapa inicial e embrionária pelo deferimento do título jurídico de “organização social” em busca de alcançar interesses comuns entre as partes, não existindo entre elas interesses contrapostos com feição comutativa e com intuito lucrativo, que são

características consideradas pelos Ministros do Supremo como determinantes para caracterizar os contratos administrativos.

O Supremo ainda afirmou que nessa etapa não existe qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo de modo includente – e não excludente –, já que o fim almejado por ele é simplesmente a obtenção do título jurídico de organização social, o que lhes possibilitará celebrar contrato de gestão com o Poder Público.

Apesar de dar todo este destaque ao poder discricionário do Poder Público, o STF entendeu que tal discricionariedade não poderá ser indiscriminada e aberta aos interesses pessoais do chefe da Administração Pública, uma vez que deverão ser utilizados critérios objetivos de escolha fundamentados nos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência para que, assim, seja vedada a possibilidade de arbitrariedade e seja respeitada a determinação do artigo 20 da Lei nº 9.637/98 que enfatiza a necessidade de existirem critérios objetivos fixados em ato regulamentar para o ato da qualificação.

Ora, mas os critérios objetivos a Lei nº 9.637/98 já traz, a respeito da qualificação. A decisão do Supremo, neste ponto, parece não fazer muito sentido, pois garantir o título de OS não traz nenhum encargo à Administração Pública e nem a obriga a firmar um contrato de gestão com tal ente privado. Então, havendo critérios estabelecidos em Lei, possibilitar que o Poder Público crie novos critérios objetivos que definam o ato de qualificação pode fazer com que os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade sejam desrespeitados, mesmo argumentando estar os respeitando, uma vez que, levando-se em consideração toda a expectativa de mercado que existe no mundo neoliberal que nos rodeia, a Administração Pública poderá criar novos critérios tão específicos e restritivos que podem vir a beneficiar candidatos específicos, que tenham acordos pré-definidos às escuras com o chefe da Administração.

A respeito desse assunto, vale dizer que o Tribunal de Contas da União emitiu, no dia 27 de novembro de 2013, um Relatório de Auditoria Operacional “TC 018.739/2012-1”, onde manifestou o seu entendimento no que concerne à

transferência do gerenciamento de serviços públicos de saúde para as organizações sociais e também analisou as falhas de tal relação. Nesse documento o TCU manifestou suas determinações e recomendações em relação ao assunto.

Em tal relatório, o TCU manifestou claramente o seu entendimento no sentido de que a forma como o Poder Público deve proceder para qualificar uma entidade como Organização Social deve ocorrer mediante um processo administrativo objetivo, onde os critérios para concessão ou recusa do título sejam demonstrados nos próprios autos, em respeito ao princípio da publicidade dos atos administrativos, tornando públicos os motivos pelos quais o “aceite” ou a “recusa” foram optadas pela Administração Pública.

A doutrina, por sua vez, como se verá adiante, não é unânime em relação a este assunto, mas em sua maioria, diverge do entendimento adotado pelo Supremo. Nesse sentido, Carvalho Filho (2014, p. 364) defende a posição do STF. Para ele, o ato de qualificação em organização social resulta de um critério discricionário do Ministério competente para supervisionar ou regular a área de atividade correspondente ao objeto social, disposto no art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.637/98.

Quem também levanta essa mesma bandeira é Odete Medauar (2012, p. 123), ao afirmar que existe uma margem de escolha no caso da qualificação que cabe à Administração Pública e faz parte do seu poder discricionário, como um mérito administrativo que lhe pertence, devendo o Poder Público agir, pelos critérios que julgar como convenientes e oportunos para a situação.

Para os que discordam da posição adotada pelo Supremo neste ponto, e nós nos incluímos nesse grupo, o principal argumento de embate às ideias do STF está no fato de que a discricionariedade só pode decorrer de atribuição da lei e que o simples fato de existirem “conceitos indeterminados” ou “imprecisos”, como ocorre nos casos da qualificação e da contratação das Organizações Sociais, não gera discricionariedade.

Meirelles (2014, p. 133) defende essa linha, e afirma que os casos de conceitos imprecisos demonstram uma necessidade de interpretação do conceito, que deve

ser realizada com fundamento nos princípios da finalidade e da razoabilidade. Logo, para este autor, mesmo quando existirem casos em que a lei se utiliza de conceitos indeterminados, a discricionariedade só é permitida se a lei também autorizá-la.

Tal opinião não existe ao acaso, pelo contrário, ela busca valorizar as características da discricionariedade administrativa de ser sempre relativa e parcial, pois, em relação aos elementos da competência, forma e finalidade do ato, a autoridade administrativa sempre deverá atuar subordinada ao que a lei dispõe, tanto como qualquer ato vinculado.

Freitas (1998, p.104) entende que se a vagueza da Lei nº 9.637/98 for entendida como permissiva à discricionariedade do Poder Público se estará garantindo um excesso de discricionariedade ao Executivo, já que a própria lei fornece uma série de requisitos específicos que o interessado deve preencher para garantir a sua qualificação como sendo uma OS. O autor assevera que considerar este caso como permissivo à discricionariedade do poder do Executivo é garantir que a Administração Pública poderá qualificar ou não o ente privado com uma possibilidade muito grande para discriminações arbitrárias.

Ainda que assim não fosse, é completamente oportuno o esclarecimento de Maria Goretti Bosco (2007, p. 377) quando ela explica que, na teoria do Direito Administrativo, nos casos onde existem conceitos indeterminados, como o que agora analisamos, a discricionariedade, quando interpretada e aplicada, mostra que sempre existirá só uma solução justa e aplicável ao caso concreto, pois a validade das decisões nesses casos será imposta pelos critérios razoáveis à lei específica.

Sendo assim, a partir da lógica do sentimento e do dirigismo constitucional que emanam da CF/88, não é possível existir discricionariedade para o caso de qualificação, já que o razoável, neste caso, é seguir os requisitos objetivos apontados pela Lei nº 9.637/98, de modo a obstaculizar qualquer possibilidade de decisão arbitrária.

Essa conclusão se torna ainda mais concreta quando nos atentamos para o fato de que celebrar um Contrato de Gestão na área da saúde gera interesse de várias

empresas interessadas, pela importância desse serviço e pela grande quantia em dinheiro que ele movimentava.

Aponta Mendonça (2008, p. 96), que o princípio da impessoalidade Administrativa impõe ao Poder Público que adote procedimentos objetivos para a escolha, quando ocorrem situações nas quais podem surgir vários interessados, pois a ampla discricionariedade pode dificultar o controle da legalidade da tomada de decisão.

Portanto, abrir a possibilidade de uma decisão discricionária por parte do Poder Público, neste caso, seria temerário, diante da possibilidade de que a subjetividade daquele que for decidir sobre a contratação gere escolhas que não correspondam ao interesse público. Além disso, a Lei nº 9.637/98 em nenhum momento abriu a possibilidade de aprovação meramente política para efeitos de qualificação.

Por isso, Freitas (1998, p. 106) é categórico ao afirmar que inexistem discricionariedade nas escolhas das Organizações Sociais e que os vários mecanismos de controle não devem ser negligenciados no ato da qualificação, a despeito da letra da lei. É como também entende Rodrigues (2003, p. 135), ao dizer que o excesso de discricionariedade no ato de qualificação não parece adequar-se à lógica da Constituição, porque, apesar da lei ser tímida e deixar de exigir algumas condições, que no entendimento do autor seriam importantes no momento da qualificação (como exigir que seja demonstrado capacidade e idoneidade financeira e operacional mínimas de atuação), o caso não se trata de uma permissão à atuação subjetiva do Administrador e desvinculada de requisitos formais. O autor, então, conclui que, apesar de outros requisitos não serem exigidos pela lei, a insuficiência da previsão legal não dá abertura para vício de inconstitucionalidade, pois existem instrumentos e princípios constitucionais que restringem arbitrariedades e que orientam a qualificação automática e vinculativa, a partir do momento em que forem atendidos os requisitos legais já explícitos. O citado autor, por fim, afirma que, antes de tudo, o bom senso deve imperar na atuação do Executivo.

Por outro lado, apesar desse importante debate, há também quem, minimize a discricionariedade quanto à qualificação, como é o caso de Sampaio (2007, p. 279). Segundo ele, muito embora declarar ser uma OS traga benefícios para o ente

privado que o recebe, existem formas jurídicas de neutralizá-las ou, quando menos, de reduzir seu alcance. Nesse sentido, a qualificação, por exemplo, não gera, necessariamente, o direito público à celebração do contrato de gestão, ponto central da qualidade de uma organização social, porque tal qualificação é apenas um dos pressupostos necessários para celebrar um contrato de gestão.

Apesar dessa opinião, o referido autor afirma que é incompatível com o Estado de Direito existir uma discricionariedade administrativa indeterminada que represente um “gesto de graça” ou “outorga imperial” para o Poder Executivo escolher quem será OS ou não.

Entretanto, a conclusão de Sampaio, neste aspecto, se mostra insuficiente para o caso, já que ela não enfrenta um ponto importante – e preocupante – deste debate, que, em vez de ser o caso do Poder Público promover indiscriminada aceitação como OS de todos os que se interessarem a tal título, é sobre o fato de que a permissão da discricionariedade na atuação do Poder Público no ato da qualificação pode representar a vedação desse direito para os interessados que preencheram os requisitos legais, mas que, por arbitrariedade do gestor público, acabam não recebendo a titulação jurídica de OS, algo que viola diretamente o interesse público e os princípios constitucionais da Administração.

Portanto, dentro da lógica da Constituição brasileira, dos princípios da administração pública e do contexto sentimental e discricionário emitidos por ela, em se tratando de um serviço como o da saúde, de extrema e vital importância, e que movimentava vultosas quantias em dinheiro, espera-se que a subjetividade do Administrador Público esteja ao máximo minimizada, e que a busca por concretizar o interesse público sempre prevaleça. Todavia, a decisão do STF não corresponde a essa expectativa do ordenamento jurídico brasileiro.

De outro giro, no que tange à relação que envolve a escolha da organização social para celebrar o contrato de gestão, o STF não aprofundou posição a este respeito no voto vencedor do julgamento, mas destacou em mais de uma oportunidade que, de maneira geral, também neste momento os princípios constitucionais que regem a Administração Pública deverão ser respeitados e aplicados.

O Supremo, em sua decisão, ainda fez questão de afastar do caso de assinatura do Contrato de Gestão todos os critérios de um procedimento licitatório, afirmando os Ministros que a regra do artigo 24, inciso XXIV da Lei de Licitações, que expurga a necessidade de licitação para que o Poder Público celebre contrato de gestão com Organização Social, é constitucional, por tratar-se de um caso onde não existem interesses contrapostos entre as partes, pois não há interesse de lucro, havendo apenas interesses comuns – associativo e não comutativo – entre o ente público e a entidade privada. Por isso, para o STF, se torna inaplicável para o caso do contrato de gestão o dever constitucional de licitar, determinado no artigo 37, inciso XXI da CF.

A decisão do Supremo ainda decide algo curioso. Ela aponta que, no caso de sobrevir escassez de bens, recursos e servidores públicos, a ponto de inviabilizar a concretização de um contrato de gestão, é evidente que isso também acabará por excluir o interesse de outros particulares na mesma situação, que almejavam a posição de parceiro privado do poder público, então, a Administração Pública deverá conduzir a celebração de um contrato de gestão por meio de um procedimento público impessoal e fundado em critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública.

Ora, sobre esse aspecto, há de se questionar a decisão do Supremo da seguinte forma: se os princípios constitucionais incidem diretamente no momento de crise, devendo nesse caso ter muita atenção para conduzir a celebração do contrato de gestão por meio de um procedimento público impessoal e fundado em critérios objetivos, por qual motivo no momento de “vacas gordas” a Administração Pública não deverá ter a mesma atenção e respeitar os mesmos critérios? Por isso, logicamente já se percebe que esse argumento do Supremo não se sustenta.

Sobre essa questão, o Tribunal de Contas da União, ao decidir no Relatório de Auditoria Operacional “TC 018.739/2012-1”, em relação à assinatura do Contrato de Gestão, entendeu que esse ato deve privar por ser realizado a partir do chamamento público, sendo necessário constar nos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua não realização, quando não for possível. Além disso, a escolha deve ser pautada a partir de critérios objetivos previamente

estabelecidos, a teor do disposto no art. 7º da Lei nº 9.637/1998, devendo sempre serem observados os princípios constitucionais da Administração Pública.

Logo, é claramente perceptível que o parecer do Tribunal de Contas da União busca evitar que a discricionariedade do Poder Público assumira um papel de protagonismo nessa contratação, devendo os critérios previamente estabelecidos serem objetivos, com o fito de atender ao interesse público e respeitarem os princípios administrativos constitucionais, algo que é muito mais condizente com a estrutura e com os objetivos da Constituição brasileira para resguardar e garantir o direito fundamental à saúde, do que simplesmente dizer que os princípios constitucionais deverão ser respeitados e não esclarecer como isso se manifesta na prática e quais implicações serão causadas no caso da contratação de uma OS pelo Poder Público.

Outros pontos a respeito da celebração do Contrato de Gestão serão abordados a seguir, quando analisaremos os seus aspectos a partir dos demais pontos abordados pelo Supremo em sua decisão, em relação à aplicação da lógica dos Convênios para o Contrato de Gestão e a respeito da dispensa de licitação na relação jurídica entre Estado e Organizações Sociais.

3.3 A LÓGICA DOS CONVÊNIOS APLICADA ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DA SAÚDE

Como já foi dito anteriormente, o Supremo declarou que as regras do Convênio se aplicam a todo o procedimento da relação entre Poder Público e OS, entendendo a Corte brasileira que o contrato de gestão possui natureza de convênio e que a sua celebração, necessariamente, será submetida a procedimento objetivo e impessoal a ser deliberado discricionariamente pela Autoridade Administrativa.

Sobre o Convênio, de antemão, é importante esclarecer que ele é um tipo de acordo que o Poder Público pode fazer para prestar serviços à população. Ele não está sistematizado em nenhuma lei e isso dificulta muito a sua compreensão e a sua aplicação.

Na Constituição de 1988 a previsão da possibilidade de Entes federativos firmarem consórcios e convênios foi por muito tempo deduzida por meio do parágrafo único do artigo 23, como uma competência comum dos Entes Federativos, com vistas a dar equilíbrio ao desenvolvimento e ao bem-estar em âmbito nacional. A nova redação dada ao artigo 241 da Constituição, pela EC 19/98, explicitou que tal acordo é uma faculdade da Administração para realizar uma gestão associada de serviços entre os entes federados.

Conceitualmente, pode-se afirmar que os convênios, assim como os consórcios, são contratos nos quais as partes têm interesse e finalidades comuns (DE MELLO, 2014, p. 681), sendo que o convênio pode ser entendido como um ato administrativo bilateral, no qual o ente público estabelece um acordo com outra ou outras entidades, públicas ou privadas, para desempenhar atividades convergentes que concretizem e satisfaçam interesses públicos concretos.

Os convênios podem ser celebrados entre órgãos e entidades públicas de níveis federativos diferentes ou entre órgãos e entidades públicas e entidades privadas, que supõem competências diferentes, mas que possuem interesses comuns (MENDONÇA, 2008, p. 123).

Ainda sobre o convênio, é importante mencionar que no ano de 2007 foi publicado o Decreto presidencial nº. 6.170 que o definiu melhor e trouxe luz a pontos importantes sobre ele, definindo-o como sendo um acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

Vale mencionar também que em relação ao Direito à saúde já havia uma antiga previsão de celebração de convênios, antes mesmo da promulgação da Constituição

vigente, nos artigos 10, § 1º e § 5º, 160 e 156, § 2º do Decreto-lei nº 200/67, que estabelecia a possibilidade de ser celebrado convênio, preferencialmente, pela União com outros entes públicos ou com entidades públicas e privadas para assistência médica.

Outro ponto que merece destaque sobre esse tema se refere à menção aberta que o artigo 199, § 1º, da CF/88 faz de os convênios funcionarem como forma de efetivar a participação complementar das instituições privadas na assistência à saúde, por meio da livre iniciativa, como um meio de contribuir com o SUS, devendo os conveniados atuar segundo as diretrizes do SUS, devendo o ente público dar preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, seguindo uma lógica muito parecida com a estabelecida pela lei que regulamenta a atuação das Organizações Sociais.

O convênio é, assim, um acordo, e não um contrato, pois no contrato as partes têm interesses diversos e opostos; já no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes, como ocorre com as Organizações Sociais. Por essa razão, no convênio, a posição jurídica dos signatários é uma só e idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos (MEIRELLES, 2014, p. 475).

Entretanto, as dificuldades de fixar diferenças entre contrato, de um lado, e convênio e consórcio de outro, principalmente pela falta de especificação e de precisão legal a respeito dos convênios, parece levar a concluir que são figuras da mesma natureza, pertencentes à mesma categoria, a contratual. (MEDAUAR, 2012, p. 257)

Diante dessa dificuldade, Meirelles (2014, p. 476) alerta para o fato de que as Administrações brasileiras têm confundido, em muitos casos, o convênio com o contrato administrativo, realizando este em lugar e com a denominação daquele, o que dificulta a sua interpretação e, ainda mais, a sua execução, sendo possível isso ocorrer inclusive no Contrato de Gestão.

Já em relação à aplicação da lógica do convênio às organizações sociais, a posição de Carvalho Filho (2014, p. 364) é parecida com a do STF. Ele defende que, a despeito da denominação adotada como “contrato de gestão”, não há propriamente contrato nesse tipo de ajuste, mas sim um verdadeiro convênio, pois, embora sejam pactos bilaterais, não há a contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral, há, na verdade, uma cooperação entre os pactuantes com objetivos e interesses comuns.

Todavia, este mesmo autor nos alerta para um ponto importante. Ele afirma que o sistema do Contrato de Gestão tem na parceria entre o público e o privado o seu núcleo jurídico que, a partir da descentralização administrativa poderá garantir uma ajuda ao governo, uma vez que, apesar de o Poder Público possuir instrumentos que possibilitam fiscalizar a atuação das Organizações Sociais, elas possuem uma grande flexibilidade jurídica inerente à das pessoas privadas, que não estão limitadas às burocracias da Administração Pública.

Apesar dessa vantagem, o alerta de Carvalho Filho incide sobre a questão da fiscalização à atuação das OSS, afirmando ele que:

[...] entendemos que o sucesso do empreendimento depende de fator que, segundo temos observado, tem estado ausente ou deficiente nas atribuições do Poder Público, qual seja, o da fiscalização das entidades e do cumprimento de seus objetivos. Sem fiscalização, é fácil vislumbrar situações de descalabro administrativo, de desfiguração dos objetivos e, o que é pior, de crimes financeiros contra o governo. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 365).

Logo, vemos que, embora o autor citado entenda que a terminologia adequada para o instrumento que formaliza o vínculo entre o Estado e a Organização Social seria o de “Convênio”, em vez de “Contrato”, ele sinaliza para a necessidade de ser intensificada a fiscalização por parte do Poder Público, diante da clara possibilidade de serem praticados crimes financeiros.

Defender a necessidade de uma fiscalização eficaz significa, diretamente, valorizar os princípios constitucionais da legalidade, da moralidade e da publicidade administrativas.

Por sua vez, DI PIETRO é categórica ao afirmar que, ao se possibilitar que a organização social exerça atividade de natureza privada, com incentivo do Poder Público, o real objetivo lhe parece ser o de privatizar a forma de gestão do serviço público delegado pelo Estado.

Embora o Plano Diretor fale em *publicização* e a própria Lei n.º 9.637/98, logo na ementa, fale em *Programa Nacional de Publicização* para definir a forma como se substituirá uma entidade pública por uma entidade particular qualificada como organização social, não há qualquer dúvida quanto a tratar-se de um dos muitos instrumentos de *privatização* de que o Governo vem se utilizando para diminuir o tamanho do aparelhamento da Administração Pública. A atividade que era prestada pelo Poder Público, no regime jurídico publicístico, passa a ser prestada por entidade privada, no regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas publicísticas; a entidade pública é substituída por uma entidade privada. (DI PIETRO, 2014, p. 571).

Ora, diante destas afirmações vemos que, mesmo um importante autor que não entende ser o Contrato de Gestão uma porta à privatização ele admite que essa situação pode vir a gerar sérios riscos para o Direito à saúde no Brasil, porque há possibilidades claras de existirem crimes financeiros por partes das Organizações Sociais da Saúde e de elas desviarem a finalidade para a qual foram concebidas, a partir da atuação dentro de uma perspectiva de mercado e como uma pessoa jurídica privada. Se isso pode ocorrer, então, dentro da lógica constitucional brasileira em relação à valorização dos direitos fundamentais e do princípio da complementaridade do serviço privado à saúde pública, não é lógico que uma parceria entre o ente público e o privado deve ser algo excepcional, e não ser tornado regra, como tem sido feito com as OSS?

Por outro lado, vemos também uma importante doutrinadora, como Maria Silvia Zanela Di Pietro, defender o argumento de que o Contrato de Gestão claramente representa uma forma de privatização da prestação do serviço público de saúde, pois estamos diante de pessoas jurídicas que se importam sim com o lucro e farão de tudo para obtê-lo, inclusive tratar da saúde como uma mercadoria.

Vê-se claramente as grandes falhas que possui o sistema de Contrato de Gestão e a sua total desconexão com os propósitos de promoção e valorização da cidadania expostos pela Constituição ora vigente em nosso país, mesmo se o considerarmos

dentro da lógica do convênio. E, portanto, os pedidos formulados na ADIn nº 1.923 faziam todo o sentido.

Ainda que assim não fosse e que entendêssemos ser a celebração do Contrato de Gestão, nos moldes em que foi criada, compatível com a compreensão que temos do sentimento e do dirigismo provenientes da Constituição brasileira e da forma como o Ordenamento Jurídico brasileiro trata o Direito à saúde, passaremos a considerar e analisar a lógica do convênio como uma possibilidade interpretativa, por amor ao debate.

Na esfera federal, os atos de celebração do convênio que importem repasse de verbas, entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos deverão obedecer aos artigos 4º e 5º do Decreto 6.170/2007, que define a necessidade de realizar um *chamamento público*, para o fim de selecionar projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste, ato que respeitará, em todo o momento, o princípio da publicidade, principalmente no seu resultado, sobretudo por meio da divulgação na primeira página no sítio oficial do concedente e no Portal dos Convênios (art. 4º, parágrafo único). (MEDAUAR, 2012, p. 258 -259).

Em relação ao chamamento público o citado Decreto ainda destaca que o Ministro de Estado ou o dirigente máximo da entidade da administração pública federal poderá, mediante decisão fundamentada, excepcionar a exigência do “chamamento” nos casos (1) de emergência ou calamidade pública que perdurar pelo prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos; (2) para realizar programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação de segurança comprometida; ou (3) nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do convênio ou contrato de repasse já seja realizado adequadamente mediante parceria com a mesma entidade há pelo menos cinco anos, cujas prestações de contas estejam aprovadas, conforme o § 2º do Decreto 6.170/2007.

O artigo 5º do referido decreto ainda é claro ao determinar que o chamamento público deverá estabelecer critérios objetivos visando a aferição da qualificação técnica e capacidade operacional do conveniente para a gestão do convênio.

Após analisar as regras estabelecidas e os estudos da doutrina em relação ao convênio, o que se percebe, portanto, é que a qualificação, neste caso, será realizada mediante critérios objetivos estabelecidos previamente a um chamamento público e que a contratação será realizada mediante licitação, podendo essas exigências serem excepcionadas em alguns casos específicos somente.

Além do ato de qualificação, no convênio, é mister que a Administração Pública pautar a sua escolha de firmar uma parceria também a partir de critérios objetivos que deverão estar pré-estabelecidos à contratação em si e até prévios à qualificação, nos casos em que houver mais de um interessado em realizar o serviço apresentado pelo Poder Público, devendo preservar em todos os momentos os princípios constitucionais da atuação administrativa.

Logo, mesmo que forem adotados os critérios do convênio para a relação entre Estado e Organização social, a discricionariedade se manifestará no momento de serem estabelecidos os critérios definidores da decisão do Poder Público, que necessariamente deverão ser apresentados antes da manifestação dos interessados, respeitando sempre os princípios e a lógica constitucional.

Então, até mesmo a lógica dos convênios, se aplicada na relação das OS com o Poder Público para prestar os serviços de saúde, tal como foi defendida pelo STF e por alguns doutrinadores, mesmo se for aplicada com ressalvas, se mostra ineficiente, defeituosa e incongruente com os critérios de uma Constituição Dirigente e do sentimento constitucional almejados pela Carta Magna brasileira, pois possui brechas consideráveis à exploração do direito à saúde pelo mercado como sendo um serviço rentável e compatível com os objetivos do mercado.

3.4 A DISPENSA DE LICITAÇÃO NO CONTRATO DE GESTÃO

Por conseguinte, passaremos a abordar a questão da dispensa de realizar procedimentos licitatórios para a contratação de Organizações Sociais, haja vista ter a maioria dos Ministros do STF afirmado que as dispensas de licitação instituídas nos artigos 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a mesma

finalidade daquilo que a doutrina contemporânea denomina de “função regulatória da licitação”, por meio da qual a licitação passa a ser vista também como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, e, no caso do contrato de gestão, essa lógica acabaria fomentando a atuação daqueles entes privados que, na época da contratação, já tiverem passado pelo crivo da qualificação e já possuam o título jurídico de OS, sendo elas, assim, já reconhecidas nesse momento como colaboradoras do Poder Público, dentro da lógica da Reforma do Estado, para desempenhar os deveres constitucionais no campo dos serviços sociais.

Esse argumento do STF não se sustenta em si mesmo, já que, agindo dessa forma e vetando a participação de entidades privadas que ainda não possuem o título de OS, mas que poderiam obtê-lo em tempo hábil à celebração do contrato de gestão com o Estado, o Poder Público estaria violando claramente o princípio da impessoalidade e favorecendo de maneira aberta as entidades que já possuíam previamente o título de Organização Social, abrindo mais uma porta para uma atuação discricionária previamente determinada e embevecida de interesses políticos, caso venha contratar apenas aquelas organizações sociais que já tinham o título garantido.

Por outro lado, dentro da lógica dos convênios, que o Supremo entendeu aplicável ao Contrato de Gestão, no momento de formalização da parceria entre o ente público e o privado, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 684) afirma que, nos casos em que houverem mais de um interessado e que não for possível firmar a parceria com todos eles, é necessário que o sujeito público realize uma licitação ou outro procedimento que assegure o princípio da igualdade.

Odete Medauar (2012, p. 258) argumenta de maneira parecida. Para ela, em regra, é necessário realizar procedimento de licitação para formalizar uma parceria entre o Poder Público e instituições privadas por meio de convênio, excetuando ela a necessidade de procedimento de licitação apenas em dois casos: (1) o primeiro será nos casos em que a finalidade e o objeto a ser conveniado puderem ser alcançados apenas por um interessado, já que, neste caso, não justificaria todo um trâmite licitatório porque não haveria nenhuma disputa; por sua vez, (2) o segundo caso ocorreria quando houvesse a possibilidade de conveniar sem licitação, atendidas

outras condições fixadas genericamente. Ou seja, o segundo caso é uma extensão do primeiro, já que além do filtro da finalidade e do objeto, a Administração se utilizará de outros requisitos previamente estabelecidos que farão o papel de selecionar um interessado.

A exigência de realização de procedimento licitatório nos casos de convênio está estabelecida no artigo 116 da Lei de Licitações, lei nº 8.666/93, ao prever que se aplicam as disposições da Lei de Licitações aos Convênios. E determina no § 1º que a celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada e elenca uma série de informações mínimas que deverão estar presentes, como metas, identificação do objeto, definição das etapas e plano de aplicação dos recursos financeiros, requisitos esses que são objetivos e essenciais e resguardam os valores e princípios constitucionais brasileiros.

Entretanto, como se vê, a necessidade de licitação para os Convênios, defendida pela doutrina, encontra resistência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que concerne à relação a ser estabelecida entre a Administração Pública e as OSS, no momento em que a Corte Constitucional brasileira julgou a ADIn nº 1.923, pois entendeu o STF que o artigo 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, que prevê a dispensa de licitação no ato de celebração dos contratos de gestão, não fere a Constituição, manifestando assim um entendimento completamente utilitarista, que atende apenas aos interesses da iniciativa privada, retirando o valor que a burocracia estatal tem de proteger os direitos dos cidadãos.

É válido esclarecer que o STF, apesar de excluir a possibilidade de procedimento de licitação no caso da assinatura do Contrato de Gestão, não disse que a contratação será realizada por meio de critérios discricionários a serem adotados indiscriminadamente pela Administração Pública, até porque isso jamais poderá acontecer dentro do contexto constitucional brasileiro, haja vista que, se forem consideradas as regras do convênio para a celebração do contrato de gestão notar-se-á que a realização de procedimento licitatório só não será exigida em casos extremos e urgentes.

Há ainda alguns autores que são mais diretos, como é o caso de Nascimento (2012, p. 105), que refutam abertamente a possibilidade de não ser exigida a utilização do procedimento de licitação para os casos de celebração do Contrato de Gestão. O autor citado afirma que só pode ser dispensável a licitação nas contratações que forem feitas pela OS no âmbito do seu contrato de gestão e no âmbito da respectiva esfera de governo com a qual tem parceria, para executar os serviços para os quais celebrou a parceria com o Poder Público

Além disso, o Supremo, em sua decisão, parece ter ignorado o fato de que até mesmo nos procedimentos em que a licitação é exigida e respeitada em todas as suas fases ocorrem burlas, irregularidades e crimes contra. Sendo assim, como se poderá permitir a total relativização desse procedimento, para ser adotado um procedimento completamente aberto e discricionário, como ocorre no caso das OS? Como será possível garantir que os princípios constitucionais serão respeitados apenas com base na boa-fé daqueles que conduzirão a celebração da parceria entre o ente público e o privado?

O pragmatismo da decisão do STF, portanto, nesses aspectos é gritante e abre precedente para contratações completamente desalinhadas com o interesse público, com as diretrizes do SUS, com os direitos de cidadania, com o direito à saúde, com o sentimento emanado pela constituição e com a prática que se espera e que se vislumbra ser capaz de concretizar o dirigismo contido no texto constitucional brasileiro.

3.5 CONTROLES PELO TCU E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Os autores da ADIn 1.923/98 questionaram que a Lei 9.637/98 teria afastado a liberdade de fiscalização e controle por parte dos Tribunais de Contas e do Ministério Público. Todavia, neste aspecto a decisão do Supremo se mostrou em consonância com a Constituição Federal de 1988 e reforçou a garantia ao poder fiscalizador desses Órgãos.

Este ponto da decisão do Supremo, portanto, não é controverso e, se teve alguma parte do julgamento da ADIn nº 1.923 que se mostra condizente com a ordem constitucional brasileira, no nosso entendimento, é esta.

Ao fundamentar o seu voto, que foi o vencedor na ADIn analisada, o Ministro Luiz Fux, afirmou que o termo “privativo”, contido no art. 4º da Lei nº 9.637/98 (que trata das competências do Conselho de Administração, dentre elas a de fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade), se refere “apenas à estrutura interna da organização social, sem afastar, como sequer poderia, o âmbito de competência delimitado constitucionalmente para a atuação do Tribunal de Contas (CF, art. 70, 71 e 74)”.

O Ministro também destacou que, além disso, não há dúvidas de que os administradores de OS estão sujeitos a sofrer sanções por improbidade administrativa, caso façam mau uso dos recursos públicos, considerando que a Lei nº 9.637/98 faz menção a diversas formas de controle e de fiscalização, como nos casos do artigo 2º, inciso I, alínea “f”; artigo 4º, incisos IX e X; artigo 8º, §§ 1º, 2º e 3º; artigo 9, e artigo 10. Com isso, Fux demonstra que não há restrição à atuação do Ministério Público, uma vez que, no seu entender, o dever de representação dos responsáveis legais pela fiscalização não impede a atuação de ofício do Ministério Público no controle da moralidade administrativa à luz dos artigos 127 e seguintes da Constituição Federal.

Portanto, este não é um ponto polêmico. Contudo, apesar de defendermos que o modelo de contratação com as Organizações Sociais e a política de privatização do serviço público de saúde por meio dessas instituições são contrários tanto às normas da Constituição Federal de 1988 quanto ao seu conteúdo dirigente e ao sentimento contido nela, a decisão do Supremo de cancelar a liberdade de fiscalização dos TC e do MP representa o único tópico no qual é possível depositar alguma esperança de que os direitos dos cidadãos brasileiros serão protegidos.

A importância e o benefício que representam as atuações fiscalizadoras do Tribunal de Contas e do Ministério Público, na prática, já foram destacadas na presente

dissertação, quando, na página 35, foi mencionado a respeito das investigações e dos processos contra oito das dez Organizações Sociais da Saúde que atuam no Rio de Janeiro (WERNECK e BOTTARI, 2016).

A garantia de que os Tribunais de Contas e o Ministério Público poderão fiscalizar os Poderes da União e quem quer que com eles contrate está, basicamente, definida nos artigos 70 a 75 e 127 a 130, respectivamente, todos da Constituição.

Além disso, com base no artigo art. 74, § 2º, da CF/88, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas. E não apenas isso, Mello (2014, p. 963 e 964) destaca que todas as disposições constitucionais direcionadas ao TCU aplicam-se, no que couber, aos Tribunais de Contas estaduais e do DF e Tribunais e Conselhos dos Municípios

O artigo 37, § 4º da Constituição estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda de função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A Lei de Improbidade Administrativa, lei nº 8.429/92, delimita os crimes de improbidade, nos artigos 9º, 10 e 11. Além disso, no seu artigo 12, ela amplia o Rol constitucional de sanções e prevê a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (para o caso de enriquecimento ilícito); a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Di Pietro (2014, p. 922) destaca que a proibição de contratar com a Administração pode ser aplicada pelo prazo de 10 anos, podendo as sanções, quando houver mais de um ilícito, serem aplicadas isoladas ou cumulativamente.

Carvalho Filho (2014, p. 365), assim como o STF, defende a constitucionalidade da contratação das Organizações Sociais e entende que a celebração do contrato de gestão deve ser orientada sob a ótica dos convênios. A sintonia do entendimento do

autor com o posicionamento do Supremo não para por aí, ele também é a favor da fiscalização por parte dos Tribunal de Contas e do Ministério Público, pois, para ele, o sucesso dessa política está diretamente ligado à uma fiscalização eficiente por parte do Estado, através dos Órgãos citados.

Por sua vez, Renato Nascimento (2012, p. 165) defende que todos aqueles que celebram convênio com o Poder Público estão submetidos ao controle financeiro e orçamentário por parte do Estado e a ele devem prestar contas. Com efeito, necessariamente, esses contratados estão sujeitos à fiscalização por parte de órgãos de controle da Administração Pública.

Portanto, apesar de nos outros pontos da decisão do STF na ADIn nº 9.637/98, ser verificado um distanciamento para com as determinações constitucionais a respeito do direito à saúde, no aspecto da liberdade de fiscalização por parte dos Tribunais de Contas e do Ministério Público a decisão foi coerente e ainda mantém acesa a chama da esperança de futuramente poder serem resgatados o sentimento constitucional original da Constituição Federal de 1988 e o compromisso com o conteúdo dirigente que ela possui.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da presente pesquisa foi possível constatar que a Lei nº 9.637/98, supostamente criada para dar efetividade a determinados serviços públicos, dentre eles o de saúde, mediante uma parceria entre o público e o privado, na prática, passou a ser um instrumento de afastamento do Estado para com os deveres constitucionais de prestação do serviço de saúde. Isso porque, no momento histórico no qual a lei citada foi arquitetada e sancionada, o Governo Federal realizava políticas públicas de saúde de maneira insuficiente, pois era omissa na prestação de serviços básicos, imprescindíveis à efetivação do Direito à saúde, gerando uma realidade completamente contrastante com as normas constitucionais de proteção e de garantia desse direito fundamental, que deveria ser prestado diretamente pelo Estado, por meio de políticas públicas econômicas e sociais que objetivassem melhorar a qualidade da saúde dos cidadãos e que fornecessem um acesso universal e igualitário, somente permitindo a execução desses serviços por meio de terceiros em casos excepcionais e de caráter complementar.

Ao sancionar tal lei, o Governo brasileiro adotou uma postura de compatibilização às pressões dos investidores externos, dos parceiros comerciais e dos Bancos internacionais e passou a dedicar a maior parte dos seus esforços em políticas públicas que contribuíssem com o fortalecimento do mercado e da economia. Com isso, a política pública de saúde brasileira passou a se enquadrar mais aos moldes neoliberais do que aos princípios sociais de cidadania, solidariedade e efetivação dos direitos fundamentais delineados pela CF/88.

No jogo de forças que se estabelece entre os atores com interesses polarizados no que respeita à primazia na relação entre o público e o privado, a influência dos atores internacionais e dos interesses de mercado se mostra com força suficiente, inclusive, para provocar mudança de posição entre aqueles que antes se posicionavam de forma contundente na defesa do sistema público de saúde. Um fato que evidencia essa mudança pode ser observado na posição adotada pelos representantes do Partido dos Trabalhadores, de matriz ideológica de esquerda e que interpôs a ADIn nº 1.923/98, que, após assumir a condução do Executivo

Federal, deixou de defendê-la e passou a apoiar a continuidade dos objetivos da Reforma do Aparelhamento Estatal.

Logo, apesar de a ADIn nº 1.923/98 ter surgido como uma nova esperança em favor da saúde pública brasileira, para todos aqueles que lutaram pela efetivação prática das diretrizes constitucionais direcionadas a ela (inseridos neste grupo os profissionais da área da saúde, os estudiosos das políticas públicas e parte da sociedade civil), nos moldes do Sentimento Constitucional e da postura dirigente que orientou a sua construção na CF/88, seu julgamento pelo STF, nos termos em que foi feito, acabou frustrando as expectativas nela depositadas especialmente por parte dos defensores do SUS, dentre eles os antigos e atuais participantes do Movimento de Reforma Sanitária.

A pesquisa também demonstrou que, durante a Constituinte de 1988, havia um sentimento comum entre os participantes do Movimento de Reforma Sanitária e a maior parte da população brasileira, carente de acesso a serviços públicos de saúde. Esse sentimento gerou a esperança de que a partir da redemocratização do país os direitos mais básicos e fundamentais, como o Direito à saúde, seriam priorizados. Tal sentimento foi traduzido pelas normas da CF/88 que trata do direito à saúde.

Neste contexto, apesar de a promulgação da Constituição ter gerado um efeito positivo, com a criação do SUS, na prática, apesar de todos os avanços e conquistas, o que até hoje foi implantado para o Sistema Único está muito aquém dos objetivos traçados pelo Movimento de Reforma Sanitária e declarados na CF/88. Como se não bastasse, a priorização do Governo brasileiro (nas esferas Federal, Estadual e Municipal), para que sejam celebrados Contratos de Gestão com as OSS nos serviços públicos de saúde, evidencia que os objetivos do Governo continuam distantes não só dos princípios constitucionais orientadores desses serviços, como também permanecem afastados das necessidades mais básicas da maior parte da população. Com efeito, os objetivos da Reforma Sanitária ainda se mostram necessários ao Brasil, para contribuir no alcance de melhores condições de saúde para todos e, assim, efetivar tanto o Direito à saúde quanto outros direitos fundamentais a ele relacionados, como o direito à vida digna, cidadania e igualdade.

As normas constitucionais, principalmente os artigos 196 e 197, deixam claros os objetivos constitucionais para a saúde. As Leis Orgânicas da Saúde, Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, que regulamentaram as diretrizes do SUS, corroboram com as bases constitucionais a respeito do tema e refletem o Sentimento Constitucional em relação ao Direito à saúde no Brasil. Isso, por si só deveria ser suficiente para direcionar a atenção e os investimentos das políticas públicas e, assim, efetivar o plano de sociedade que é traçado pela Carta constitucional brasileira.

Nesse contexto, as teorias do Sentimento Constitucional e da Constituição Dirigente se destacam como importantes instrumentos que possibilitaram compreender as normas constitucionais relativas ao Direito à saúde, o momento histórico no qual elas foram elaboradas e as práticas políticas brasileiras que, desde então, negligenciam esse importante e fundamental direito.

Foi possível concluir que a teoria do Sentimento Constitucional evidencia o contraste que há na adequação da política pública de saúde brasileira aos objetivos neoliberais (por estar priorizando a contratação das OSS) frente aos preceitos e objetivos traçados pelo texto constitucional. A divergência é tão grande que induz o povo brasileiro a desacreditar no plano traçado pela CF, uma vez que o discurso propagado é o de que a administração privada é mais organizada e mais eficiente do que a Pública e que a burocracia estatal só existe para prejudicar o bom andamento dos serviços. Isso leva muitos cidadãos brasileiros a viverem um sentimento de apatia constitucional, pois eles, de maneira geral, não sentem identificação do texto normativo com a prática que tem sido realizada pelo Governo em relação ao Direito à saúde. O descrédito já está tão forte que a maioria da população não tem esperança de que haja alguma mudança positiva no cenário atual, tanto é que os sindicatos e outros atores que foram importantes no MRS, atualmente deixaram de lutar por um SUS mais forte, eminentemente público, e concentram esforços para manter planos privados de saúde. Logo, o Sentimento Constitucional manifestado no texto da CF/88 não está consolidado na sociedade como um todo, a ponto de sustentar a luta pela manutenção das conquistas alcançadas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir a decisão na ADIn nº 1.923/98, ao invés de contribuir para a valorização do texto constitucional e para a

efetivação das políticas públicas por ele projetadas, reforça ainda mais o sentimento de apatia (ou a falta de sentimento) de grande parte da sociedade brasileira e diminui ainda mais a esperança dos cidadãos de verem um sistema de saúde eminentemente público e que efetivamente funcione.

Caso o julgamento do STF na ADIn nº 1.923/98 fosse pela inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98 e, conseqüentemente, do artigo 24, inciso XIV, da Lei nº 8.666/93, ele poderia ter representado o resgate de todo o sentimento constitucional que influenciou a constituinte e as normas de valorização da cidadania e do Direito à saúde. Contudo, na verdade, o que a decisão fez foi distanciar ainda mais o ideal constitucional para o Direito à saúde e as políticas públicas a ele correlatas, uma vez que os Poderes Executivos e Legislativo já vinham demonstrando em suas práticas que tinham cedido às pressões neoliberais. Por isso, restavam esperanças de que o STF, como guardião da Constituição, se posicionaria de maneira diferente e em favor do texto constitucional. Prevaleceu, porém, o pragmatismo do Supremo em sua decisão e as OSS e as parcerias entre o público e o privado na saúde, que deveriam ser tidas como alternativas complementares, cada dia mais estão se tornando a regra, mesmo havendo contra as OSS sérias investigações e denúncias de falhas e desvios de verbas públicas nos serviços que administram.

A presente pesquisa também permitiu concluir que a teoria da Constituição Dirigente, apesar de ter caído em descrédito para alguns juristas e de não estar sendo levada em consideração pelo STF em suas decisões, como ocorreu na ADIn nº 1.923/98, ainda é uma teoria pertinente e capaz de contribuir para o debate proposto pela presente dissertação, tendo em vista que, após as adaptações feitas a ela pelo seu criador, a teoria passou a destacar que, para efetivar, na prática, os direitos garantidos por uma Constituição de conteúdo dirigente, é necessário que os Poderes Estatais respeitem os direitos constitucionais e busquem colocá-los em prática de uma forma harmônica às necessidades locais, por meio de políticas públicas adaptadas à realidade social do povo, para que, assim, seja possível efetivar uma Constituição constitucionalmente adequada às peculiaridades do país.

No Brasil, como o Direito à saúde ainda carece de muitos investimentos e de uma estrutura mais completa para os serviços públicos a ele relacionados, a adequação

política que deve ser feita é, de fato, destinar mais dos recursos públicos para estruturar a saúde pública, de modo que a sua gestão tenha condições de ser prestada satisfatoriamente pelo Estado e que a atenção primária e o acesso de todos seja prioridade do governo, tal como determina a CF/88 e as Leis da Saúde.

O STF, ao julgar a ADIn nº 1.923/98, não levou em consideração as contribuições de nenhuma dessas duas teorias e preferiu adotar uma posição utilitarista, que não combate a pressão neoliberal que é feita sobre o SUS. Pelo contrário, a maioria dos Ministros do Supremo, ao seguirem o voto de Luiz Fux, além de apresentar argumentos contraditórios e de decidir em dissonância às normas da CF/88, se posicionaram de maneira oposta ao sentimento constitucional que influenciou a construção do Direito à saúde na CF/88, se afastando claramente do objetivo de ter no Brasil uma Constituição constitucionalmente adequada à realidade do país.

Os dispositivos constitucionais, as leis e a doutrina trazidas para fundamentar essa argumentação comprovam a grave contradição existente tanto pelas políticas públicas aplicadas ao Direito à saúde no Brasil, em geral, quanto pela decisão do STF analisada, que fortalece ainda mais os interesses neoliberais e do mercado.

Portanto, a hipótese inicial do trabalho se confirma, uma vez que o julgamento do Supremo Tribunal Federal é contrário às peculiaridades da Constituição brasileira que se destinam à promoção do Direito à saúde. Essa decisão, fortalece, assim, o sentimento de apatia que existe em grande parte da sociedade com relação ao Direito à saúde e desvincula ainda mais os Poderes estatais dos objetivos constitucionais. Isso revela a necessidade que existe de ser resgatado o Sentimento Constitucional que existiu no momento da elaboração da CF/88 e de criar um maior comprometimento dos Poderes estatais para com ele, para que o conteúdo constitucional não entre em total descrédito, não perca a sua legitimidade e, conseqüentemente, não perca a sua razão de ser, esvaziando-se.

Isso porque, a política de contratação das OSS se mostra privatizadora do sistema público de saúde, haja vista que, a partir do momento em que o Estado delega os serviços públicos de saúde à iniciativa privada, sob a falsa justificativa de dar efetividade aos mesmos, o que ele está fazendo, ao longo prazo, é proporcionar

uma privatização indireta do patrimônio público da saúde, que poderá, inclusive, passar para as mãos de grandes grupos internacionais do setor, que lucrarão com o serviço de saúde, por meio de um contrato no qual eles não correm grandes riscos, já que, no fundo, quem de fato continua arcando com todas as despesas, e tendo o dever de prestar o serviço de saúde e de garantir este direito, é o Estado.

Se existe algo de positivo no julgamento da ADIn nº 1.923, da forma que foi feito, é que a decisão do STF não significa um ponto final neste assunto. Além disso, o fato de ela entender como constitucional a fiscalização por parte dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, fortalece esses Órgãos e faz com que ainda haja esperança no combate ao desvio de finalidade das OSS em sua atuação no ramo da saúde.

Sendo assim, o resultado da ADIn nº 1.923/98 evidencia que, atualmente, para haver uma adequação de fato das políticas públicas de saúde em relação às normas constitucionais relativas a este direito, não é possível esperar algo diferente dos Poderes Estatais do que uma verdadeira abnegação aos seus deveres, como já tem sido visto. Portanto, para aqueles que ainda mantêm vivo o sentimento constitucional do Movimento de Reforma Sanitária, a luta não acabou, haja vista que a decisão do STF mostra que o caminho a ser trilhado agora conta com mais uma barreira que, apesar de grande, já não é mais desconhecida e possui falhas importantes. Por isso, ela pode ser combatida.

Para reverter essa situação, e fazer com que o Brasil deixe de apenas *ter Constituição*, para também *estar em Constituição*, algumas medidas podem ser utilizadas em prol da efetivação do serviço público de saúde brasileiro. Dentre elas, se mostra importante fortalecer os mecanismos de atuação fiscalizatórios do MP e dos Tribunais de Contas, bem como das entidades e instituições de controle social e implementar medidas para tentar reverter o sentimento de apatia que prevalece na maioria da sociedade em relação às políticas públicas de saúde. Essa apatia pode ser combatida por meio de uma ação conjunta entre todos os Reformadores, tanto dos que atuaram nas décadas de 70 e 80 quanto dos que aderiram aos objetivos do Movimento no decorrer dos anos, de modo que pesquisas científicas continuem sendo realizadas e revelem tanto as vantagens que existem em um sistema público forte, utilizando os exemplos bem sucedidos de experiências internacionais em

saúde pública, quanto para demonstrar que a efetivação do direito à saúde é importante, inclusive, para garantir a legitimidade da própria CF/88.

REFERÊNCIAS

ABREU, Ivy de Souza. **A Construção do Sentimento Constitucional Ambiental no Brasil**. 2013. 136 f. Dissertação – Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Disponível em: http://www.fdv.br/_mestrado_base/dissertacoes/134.pdf. Acesso em: 25 set. 2015.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

ALBUQUERQUE, Maria do Socorro Valoso; MORAIS, Heloísa Maria Mendonça e LIMA, Luci Praciano. Contratualização em Saúde: arena de disputa entre interesses públicos e privados. **Ciência e Saúde Coletiva**. 2015, vol. 20, n. 6, p. 1825-1834.

ARRUDA, Kátia Magalhães de. O Sentimento Constitucional Brasileiro Pós-Constituição de 1988. **Revista LTR: legislação do trabalho**. vol. 68, nº 5, maio, 2004.

BAHIA, Ligia. **Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado**. *Trab. educ. saúde*[online]. 2006, vol.4, n.1, pp. 159-170. ISSN 1981-7746. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/tes/v4n1/10.pdf>. Acesso em: 01 set. 2015.

BAHIA, Lígia. O Sistema de Saúde Brasileiro Entre Normas e Fatos: universalização mitigada e estratificação subsidiada. **Ciência e Saúde Coletiva [online]**. 2009, vol. 14, n. 3, p. 753-762. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232009000300011&script=sci_arttext. Acesso em 05 ago. 2015.

BARBOSA, Nelson Bezerra Barbosa; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. **As Organizações Sociais de Saúde Como Forma de Gestão Público/Privado**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232010000500023&script=sci_arttext; Acesso em 28 de março de 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**, v. 61, 2004, p. 5 – 24.

BORGES, Fabiano Tonaco; GARBIN, Cléa Adas Saliba; MOIMAZ, Suzely Adas Saliba; SIQUEIRA, Carlos Eduardo. **Anatomia da Privatização Neoliberal do SUS: o papel das organizações sociais**. São Paulo, SP: Cultura Acadêmica, 2012.

BOSCO, Maria Goretti Dal. **Discricionariedade em Políticas Públicas: um olhar garantista da Aplicação da lei de improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Operadoras e Serviços de Saúde: ANS aprova aquisição da Amil pela UnitedHealthCare. **AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR**. 22 out 2012. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/operadoras-e-servicos-de-saude/1790-ans-aprova-aquisicao-da-amil-pela-unitedhealthcare>. Acesso em: 22 jan 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 mar. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, Dispõe Sobre as Condições Para a Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 01 mar. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8666 de 21 de junho de 1993, Dispõe Sobre as Condições Para a Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 01 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998 – dispõe sobre as Organizações Sociais**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 01 mar. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1923**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADI1923LF.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Auditoria Operacional – TC 018.739/2012-1**. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/consultas/juris/docs/judoc/acord/20131129/ac32394713p.doc>. Acesso em: 01 jun. 2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Democracia, estado social e reforma gerencial**. *Rev. adm. empres.* [online]. 2010, vol.50, n.1. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rae/v50n1/a09v50n1.pdf>. Acesso em: 10 de ago. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., ref. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Sem Fronteiras** – Gomes Canotilho. Brasília: TV Justiça. Exibido em 02 nov 2013. Publicado em 02 dez 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=b7S8CB1V0Os>. Acesso em 26 dez. 2015.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. ver., ampl. e atual. Até 31 – 12 – 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **Uma morte espiritual**. Folha de São Paulo, São Paulo, 14 maio 1998. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz14059809.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WERNECK, Antônio; BOTTARI, Elenilce. Das Dez OSs que Operam no Município, Oito Estão Sob Investigação: a maioria das investigações teve por base 16 auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas do Município (TCM). **O Globo**, Rio de Janeiro, 18 jan 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/das-dez-oss-que-operam-no-municipio-oito-estao-sob-investigacao-18494571#ixzz3y7cxJ900>. Acesso em 19 jan 2016.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESPIRITO SANTO, Ataliba Pinheiro. As Organizações Sociais e a Reforma Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 230, n. 230, out./dez; 2002, p. 75 - 100.

FABRIZ, Daury Cesar. Por Uma Nova Teorização Constitucional. In: **Depoimentos: Revista do Curso de Direito das Faculdades de Vitória**, v. 4, n. 6, janeiro/junho, 2003a, p. 9 – 34.

_____. Qual Democracia?. In: **Depoimentos: Revista do Curso de Direito das Faculdades de Vitória**, v. 4, n. 7, julho/dezembro, 2003b, p. 57 – 96.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da Saúde Pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002.

FLEURY, Sonia. Reforma Sanitária Brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. **Ciência e Saúde Coletiva**. 2009, vol. 14, n. 3, p. 743–752.

FOUCAULT, Michel. **Repensar a Política**. Tradução: Ana Lúcia Paranhos Pessoa; organização e seleção de textos: Manoel Barros da Mota. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FREITAS, Juarez. Regime Peculiar das Organizações Sociais e o Indispensável Aperfeiçoamento do Modelo Federal. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 214, n. 214, out./dez; 1998.

GARBOIS, Júlia Arêas; SODRÉ, Francis; DALBELLO-ARAÚJO, Maristela. Determinantes Sociais da Saúde: o “social” em questão. **Saúde Social [online]**. 2014, vol. 23, n. 4, pp. 1173-1182. ISSN 0104-1290.

GIDDENS, Anthony. **O Estado-nação e a Violência**: segundo volume de uma crítica contemporânea ao materialismo histórico. 1. ed. 1 reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

GOMES, Érika Fabíola Silva. Qualificação das Entidades de Direito Privado Como Organizações Sociais. Em: **Cadernos de Pós-graduação em Direito da UFPA**. Belém, v. 6, n. 14, jul./dez. 2000.

GOMES, Laurentino. **1808**: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais**: releitura de uma Constituição dirigente. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

GONÇALVES, Soraia M..O declínio do Estado-nação: Globalização, integração europeia e reafirmação dos movimentos de identificação cultural sub-estatais. **Revista de Estudos Politécnicos**. vol III, n. 5-6, 2006, pp. 281-296.

GOUVEIA, Roberto; PALMA, José João. SUS: na contramão do neoliberalismo e da exclusão social. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 13 nº 35, janeiro à abril de 1999.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabis, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

KROHLING, Aloísio. **Dialética e Direitos Humanos: múltiplo dialético – da Grécia à Contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARX, Karl; ENGELS, Friederich. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

MENDONÇA, Maria Lídia Calou de Araújo e. **As Organizações Sociais Entre o Público e o Privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. **Revista do Serviço Público**. Ano 48, nº. 2. Brasília, mai – ago, 1997.

MORAIS, Ricardo Quartim de. A Evolução Histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua Relação com o Constitucionalismo Dirigente. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 51, n. 204; out – dez 2014, p. 269 – 285.

MOREIRA, Nelson Camatta. Constitucionalismo Dirigente no Brasil: em busca das promessas descumpridas. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 3, jul – dez 2008, p. 87 – 128.

_____. **Fundamentos de Uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

_____. **Direitos e Garantias Constitucionais e Tratados de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NASCIMENTO, Renato. **Licitações e Contratos Administrativos**: manual de compras e contratações na Administração Pública: Lei nº. 8.666/93. Prefácio de José Nilo de Castro. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã – Uma Relação Difícil**: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOGUEIRA, Roberto Passos. Determinantes, Determinação e Determinismo sociais. **Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v. 33, n. 83, p. 397 – 406, 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil? Reflexões a partir da ideia de um direito das futuras gerações. **Direito das Futuras Gerações**. Organizadores: Daury César Fabríz; Paulo Roberto Ulhôa; Marcelo Sant’Ana Vieira Gomes; Júlio Pinheiro Faro; Jovacy Peter Filho e Heleno Florindo da Silva. Vitória: Cronograma, 2013.

Operação Prende Suspeitos de Pertencer a ‘Máfia da Saúde’ no Rio: quadrilha é acusada de fraudar mais de R\$ 48 milhões em recursos públicos. Sete suspeitos haviam sido presos; Ferrari foi apreendida com um deles. **G1 Rio**, Rio de Janeiro, 09 dez 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/12/operacao-prende-suspeitos-de-pertencer-mafia-da-saude-no-rio.html>. Acesso em: 10 dez. 2015.

ORWEL, George. **A Revolução dos Bichos**: um conto de fadas. Tradução de Heitor Aquino Ferreira; posfácio de Christopher Hitchens; 28ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

PAIM, Jairnilson Silva. **A Constituição Cidadã e os 25 anos do Sistema Único de Saúde (SUS)**. *Cad. Saúde Pública*[online]. 2013, vol.29, n.10, pp. 1927-1936. ISSN 0102-311X. Disponível em: <http://www.scielo.org/pdf/csp/v29n10/a03v29n10.pdf>. Acesso em: 01 de set. 2015.

_____; TRAVASSOS, Cláudia; ALMEIDA, Célia; BAHIA, Lígia; MACINKO, James. **O Sistema de Saúde Brasileiro: história, avanços e desafios**. *TheLancet.com*. may 2011. p. 11-31. Disponível em: <http://www.cpgss.pucgoias.edu.br/ArquivosUpload/31/file/O%20SISTEMA%20DE%20SAUDE%20BRASILEIRO.pdf>. Acesso em 30 de março de 2014.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A Constituição Viva**: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas na Democracia Participativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Luman Juirs, 2012.

PERIM, Maria Clara Mendonça. **Organizações Sociais e a Diretriz da Complementaridade**: desafios da participação social na saúde. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

PINHEIRO, Ralph Lopes. **História Resumida do Direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Thex Ed – Biblioteca Universidade Estácio de Sá, 1997.

RODRIGUES, Luciana Cordeiro. A Concessão do Título Jurídico de Organização Social. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 232, n. 232, abr./jun.; 2003, p. 133-140.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As Organizações Sociais. **Revista de Direito do Estado**. ano 2, n. 7, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set 2007.

SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização**: do pensamento único à consciência universal. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SIQUEIRA Carlos Eduardo; CASTRO, Hermano; ARAÚJO, Tânia Maria. A globalização dos movimentos sociais: resposta social à Globalização Corporativa Neoliberal. **Ciência & Saúde Coletiva**. 2003; 8(4): 847-858.

STRECK, Lenio Luiz. A Inefetividade dos Direitos Sociais e a Necessidade da Construção de Uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, PR: Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 2, 2002.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à Pesquisa em Ciências Sociais**. São Paulo: Atlas, 1987.

TUTIKIAN, Cristiano. O Estado Democrático Constitucional e a Atualidade do Debate Acerca da Constituição Dirigente. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica. n. 32, janeiro-junho 2008.

VERDU, Pablo Lucas. **Sentimento Constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Traduído por Agassiz A. Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Tener y Estar Em Constitución. **Revista de Derecho Político**. Madrid, n. 75-76, p. 275-285, mayo-diciembre 2009. Disponível em: <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPolitico-2009-75-76-10011/PDF>. Acesso em 01 out. 2013.

VIEIRA, Andréa Maria dos Santos Santana. A Importância do Sentimento Constitucional Como Substrato Para a Construção da Cidadania no Brasil. **Derecho y Cambio Social**. Revista 31, publicada em 01 jan. 2013. ISSN: 2224-4131; Depósito legal: 2005-5822. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista031/DO_SENTIMIENTO_CONSTITUCIONAL.pdf. Acesso em 19 set. 2015.

VILLAR, Eugenio. Los Determinantes Sociales de Salud y la Lucha por la Equidade em Salud: desafios para el Estado y la Sociedad Civil. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 7 – 13, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.