

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Mônica de Almeida Magalhães Serrano

**O sentido e o alcance do conceito de integralidade como diretriz constitucional do
Sistema Único de Saúde**

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

**SÃO PAULO
2009**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Mônica de Almeida Magalhães Serrano

**O sentido e o alcance do conceito de integralidade como diretriz constitucional do
Sistema Único de Saúde**

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

Dissertação apresentada à Banca
Examinadora como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito do
Estado, área de concentração em Direito
Constitucional, sob a orientação da
Professora Doutora Dinorá Adelaide
Musetti Grotti

**SÃO PAULO
2009**

Banca Examinadora:

Prof. Dra. Dinorá Adelaide Musetti Grotti (orientadora) _____

Prof. Dr. Motauro Ciocchetti de Souza _____

Prof. Dr. Hédio Silva Júnior _____

Suplentes :

Prof. Dr. Pietro de Jesús Lora Alarcón _____

Prof. Dr. Marcelo Sciorilli _____

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 introduziu significativas mudanças no âmbito dos direitos sociais, em especial no tocante ao direito à saúde. Nesse sentido, ampliou os direitos fundamentais, em cujo marco estão situados os direitos sociais, submetendo-os genericamente a um comando de aplicabilidade imediata. Desta feita, o trabalho foi elaborado com base na premissa de que o texto constitucional, ao reconhecer direitos sociais, frequentemente atribuiu-lhes a indubitável feição de direitos públicos subjetivos, viabilizando-lhes, pois, a possibilidade de tutela jurisdicional. No que toca especificamente ao direito à saúde, a Constituição Federal, além de organizar um sistema único, envolvendo todas as esferas de governo, apontou como diretriz deste o dever de assistência integral. Saúde, segundo o preâmbulo do pacto que criou a Organização Mundial de Saúde, é o estado de completo bem-estar físico, mental e social. Logo, cogitando-se de integralidade, tudo que seja necessário à preservação ou recuperação deste estado de saúde está incluído no âmbito de obrigações estatais para com o cidadão. Este dever, mesmo quando em confronto com a denominada cláusula da reserva do possível, não desaparece, uma vez que, prestando atividade intrínseca à preservação da dignidade humana, sobrepõe-se ao interesse público secundário da Administração.

Palavras-chave: Direito à Saúde, Direitos Sociais, Direitos Públicos Subjetivos

ABSTRACT

The 1988 Federal Constitution introduced significant changes in the ambit of social rights, especially regarding the right to health. In this sense, it widened the fundamental rights, in whose landmark the social rights are found, generically submitting them to a command of immediate applicability. Therefore, the study was elaborated, based on the premise that the constitutional text, recognizing the social rights, frequently attributed them indubitable feature of subjective public rights, thus, allowing them the possibility of jurisdictional tutelage. Specifically concerning the right to health, besides organizing a unique system, involving all the governmental spheres, the Federal Constitution appointed as its directress the duty of integral assistance. According to the preamble of the pact that created the World Health Organization, health is the state of complete physical, mental and social well-being. Therefore, considering integrity, whatever is necessary to the preservation or recovery of this health state is included in the ambit of the estate obligations towards the citizens. Even in confrontation to the reserve of possible clause, this duty does not disappear, because, once offering activity inherent to the preservation of human dignity, it surpasses the Administration's secondary public interest.

Key words: The right to health, social rights, subjective public rights

SUMÁRIO

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS	08
1.1 CONCEITO	08
1.2 EVOLUÇÃO	10
1.3 PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO	19
1.3.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	25
1.3.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE	25
1.3.3 PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO	26
1.3.4. PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO	27
1.3.5 PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE	28
1.3.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	29
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	31
2.1 CONCEITO	31
2.2 EFETIVIDADE E APLICABILIDADE.....	35
2.3 O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PANORAMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	45
3. O SERVIÇO PÚBLICO E AS PRESTAÇÕES ESSENCIAIS	52
4. O SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE	64
4.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO	68
4.2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E DIRETRIZES. A DESCENTRALIZAÇÃO.	76
4.3 REGIONALIZAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO: O SISTEMA DE REFERÊNCIAS E CONTRA-REFERÊNCIAS	80
4.4 A ASSISTÊNCIA INTEGRAL	84
4.5 A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE (Lei 8134/90).....	86
5 DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO	88
5.1 O ORÇAMENTO PÚBLICO E OS LIMITES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	88
5.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO	93
5.2.1 PRINCÍPIO DA UNIDADE	93
5.2.2 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE.....	94
5.2.3 PRINCÍPIO DA ANUALIDADE	94
5.2.4 PRINCÍPIO DA NÃO AFETAÇÃO OU NÃO VINCULAÇÃO	95
5.2.5 PRINCÍPIO DA ESPECIALIZAÇÃO	95
5.2.6 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVIDADE E CRÉDITOS SUPLEMENTARES OU ADICIONAIS.....	95
5.3 DESPESAS PÚBLICAS	96
5.4 RECEITAS PÚBLICAS	98
5.5 O ORÇAMENTO PÚBLICO ENQUANTO INSTRUMENTO CONCRETIZADOR DAS FINALIDADES PÚBLICAS E BEM-ESTAR SOCIAL...	98
6. A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL	111

7. O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À SAÚDE E SEU DIMENSIONAMENTO..	118
8. AS INSUFICIÊNCIAS DO SISTEMA, A JURISDICIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O LIMITE À INTEGRALIDADE	122
9.CONCLUSÕES.....	132
REFERÊNCIAS	138

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. CONCEITO

O presente trabalho desenvolve-se a partir da contextualização do direito à saúde como direito fundamental social.

Sendo assim, torna-se imprescindível, em tal passo, tratar tanto do conceito, o que revela ser tarefa árdua e controvertida, quanto do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais.¹

É possível afirmar que direitos fundamentais são aqueles previstos em uma determinada ordem constitucional, com o objetivo de proteger a dignidade da vida humana em todas as suas dimensões.

No Brasil, os direitos fundamentais encontram-se discriminados pela Constituição Federal de 1988, observando-se que tal enumeração não é exaustiva, uma vez que outros podem logicamente decorrer do sistema jurídico constitucional, bem como de tratados

¹ Importante notar o emprego da grafia conceito, que não se confunde com os vocábulos definição ou noção. Em tal sentido, convém explicitar a posição de Eros Roberto Grau. O autor, disciplinando sobre a linguagem jurídica, cujas marcas seriam a ambiguidade e imprecisão, relata que esta possui uma textura aberta, até mesmo em razão das leis, que devem ser abstratas e gerais, podendo as palavras adquirir significados múltiplos. Mas, apesar de ambíguas e imprecisas, as palavras e expressões jurídicas devem transmitir significações determináveis. O conceito, então, produto de reflexão (uma suma de idéias), contém a representação de uma idéia universal, sendo “a finalidade dos conceitos jurídicos não o conhecimento ou uma descrição da essência de coisas, estados e situações, mas a viabilização da aplicação, a uma coisa, estado ou situação, de uma determinada ou de determinado conjunto de normas jurídicas”. O conceito é expresso por meio dos seus termos e tem como objeto significações atribuíveis a coisas, estados ou situações, de tal forma que o que se costuma denominar de conceitos indeterminados, na verdade, aponta para uma indeterminação dos termos de conceitos e não do próprio conceito (idéias universais). A definição jurídica, por sua vez, “é a explicitação do termo conceito e não deve ser confundida com o conceito jurídico. Este é o signo de uma significação, expressado pela mediação do termo. A definição jurídica está referida ao termo, e não diretamente ao conceito; consubstancia-se, - repita-se – uma explicitação do termo do conceito”. E, finalmente, no tocante à questão da indeterminação dos conceitos, “resolve-se na historicidade das noções – lá, onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há conceito indeterminado, há, na verdade, noção. E a noção jurídica deve ser definida como idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas (Sartre)”. Os conceitos são, assim, atemporais e ahistóricos, enquanto noções são homogêneas ao desenvolvimento das coisas, são históricas e temporais. (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/ Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 221-244).

internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, conforme prescreve o artigo 5º, parágrafo 2º, da CF.

Nesse sentido, questão de absoluto relevo atina para com o *status* normativo dos tratados internacionais, consagradores de direitos fundamentais subscritos pelo Brasil.

Alguns autores, como Flávia Piovesan, defendem tese de que aos tratados internacionais que veiculem direitos fundamentais deva ser atribuída a natureza de norma constitucional, não conferindo aos mesmos o tratamento a ser verificado aos demais tratados internacionais, que são acolhidos com a mesma hierarquia das leis federais:

Acredita-se, ao revés, que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial com o valor da dignidade humana – que é valor fundante do sistema constitucional.²

O STF, no entanto, expressava entendimento contrário, no sentido de garantir a supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais.³

Introduzido o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, exige-se, agora, quorum específico para que os tratados de direitos fundamentais sejam equiparados às emendas constitucionais, o que só corrobora a natureza de norma constitucional de tais tratados internacionais, entendimento que já vem sendo partilhado pelo STF.⁴

De qualquer forma, os direitos fundamentais prescritos pelo sistema constitucional revelam os valores encampados por um Estado, os quais são imprescindíveis, ademais, à capitulação de um Estado Democrático e Social.

² *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006., p.64

³ Recurso Ordinário/HC 79.785/RJ/ Rel. Min. Sepúlveda Pertence/J. 29/03/00/ DJ 22/11/02 e HC 76561/SP/ Rel. Min. Carlos Velloso,/ J. 27/05/1998/ DJ 02/02/2001 (EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. EXCESSO DE EXECUÇÃO. 1.A jurisprudência do Tribunal firmou-se no sentido da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel (DL 911/69). A equiparação entre devedor fiduciante e o depositário infiel não foi revogada pela CF, art. 5º, LXVII e nem pelo art. 7º, nº 7, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). O Decreto-lei nº 911/69 está em conformidade com a Constituição. 2. O excesso de execução é matéria de Direito Civil, que refoge aos estreitos limites do habeas corpus. Ordem indeferida.)

⁴ HC 90450/MG/Rel. Min. Celso de Mello/J.23/09/08/DJ 06/02/09 e HC 91361/SP/Rel. Min. Celso de Mello/J.23/09/08

Segundo Konrad Hesse, na busca dos “ pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”, constata-se no decorrer do tempo uma constante evolução dos direitos fundamentais, com alterações que acabam sendo sedimentadas na própria conceituação, razão pela qual será dado um enfoque histórico no desenvolvimento do tema, com a abordagem das sucessivas dimensões explicitadas em processo cumulativo e interativo.⁵

1.2. EVOLUÇÃO

O tema relativo aos direitos fundamentais deve ser desenvolvido comparativamente à evolução da interpretação, sem deixar de considerar o movimento denominado constitucionalismo, que acompanha tal desenrolar histórico. Esse prisma é de fundamental importância, além de resguardar maior caráter didático. Em tal diapasão, vale citar entendimento de Paulo Gustavo Gonet Branco: “A interpretação constitucional não se faz adequadamente sem o arrimo oferecido pela teoria dos direitos fundamentais”.⁶

Costuma a doutrina assinalar como ponto inicial dos direitos humanos o advento do cristianismo (Santo Tomás Aquino), diretamente ligado à concepção do jusnaturalismo, com a idéia central de que o homem possuía direitos básicos e naturais que deveriam ser respeitados, inclusive com limitação ao poder absolutista e monárquico.

Tais direitos, contudo, eram dispersos e chegaram a integrar alguns documentos historicamente importantes, tais como a Magna Carta do Rei João Sem Terra (1.215), a *Petition of Rights* (1628) e o *Habeas Corpus Act* (1.679), os quais visavam assegurar direitos a alguns cidadãos, embora estivessem despidos de um caráter universal propriamente dito, uma vez que não visavam resguardar o ser humano enquanto gênero, mas só grupos determinados.

⁵ Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.514. Konrad Hesse. “Grundrechte”, in *Staatslexikon*, Herausgegeben von Goeresgesellschaft, Bd.2.7. Auflage, 1986.

⁶ *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2.000. p.104

Com efeito, a Magna Carta, de 1215, revelava ser um documento propriamente feudal, que, apesar de contribuir de alguma forma para o desenvolvimento das liberdades civis e políticas, resguardava privilégios característicos do clero e da nobreza, revelando a sua estrutura estamental.

Há que se verificar que tal documento serve como referência à teoria da constituição, mas ainda não revela o início do constitucionalismo.

O fato é que naquela época não havia qualquer preocupação crítica em relação à cidadania ou ao tratamento isonômico entre os cidadãos. Aos nobres eram assegurados vários direitos, enquanto aos plebeus eram ditados muitos deveres, os quais constituíam a única fonte dos impostos.

Tais características da sociedade feudal, pontuadas pelo excesso de gastos perpetrados pela nobreza, pela intensificação do comércio, e queda do trabalho escravo, geraram grande crise econômica, levando à queda do sistema e o consequente surgimento do capitalismo, em cujo âmago nascia uma nova classe social: o operariado, que frutificava da transferência das bases econômicas da sociedade dos espaços rurais para o ambiente citadino, em que floresciam as novas indústrias.

O advento do liberalismo, inclusive por meio dos vários movimentos políticos e filosóficos que o prenunciaram, como o Iluminismo, implicava o esmorecimento das monarquias absolutistas, caracterizadas por uma total preeminência do Estado em relação ao cidadão.

Fazendo uma espécie de contraponto, tais movimentos se destacavam por pregar a liberdade individual em oposição aos excessos e abusos do poder, invocando a intransponível necessidade de não-intervenção estatal (absenteísmo) nesta matéria.

No mesmo período em que ocorria a transição das monarquias absolutistas para os Estados Liberais de Direito, no decorrer do século XVIII, os Estados passaram a adotar constituições escritas, orientadas por dois objetivos essenciais: 1) estruturar a divisão orgânica e territorial do poder; 2) veicular enunciados assecuratórios das liberdades individuais. Tais disposições tinham como finalidade primeira a limitação do poder estatal, quer pelo reconhecimento de direitos individuais oponíveis em face do próprio Estado, quer por meio da

idéia de separação de poderes, as quais, com antecedentes em Aristóteles e em Locke, se consagraram na formulação de Montesquieu, segundo a qual importava, essencialmente, em “distinguir três funções estatais - legislação, administração e jurisdição – e atribuí-las a três órgãos ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade ou, ao menos, preponderantemente”.⁷

Verifica-se, assim, a positivação dos direitos e garantias fundamentais, que veio a ser inaugurada efetivamente em 1.776, por intermédio do denominado *Bill of Rights* de Virginia.

É o início do movimento que se convencionou denominar de *constitucionalismo*, que costuma evocar, ao menos, dois marcos históricos importantes: a Constituição dos EUA, de 1787, e a Constituição da França, de 1791, contendo esta, em seu preâmbulo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Neste momento histórico, de surgimento do liberalismo, a preocupação que se acentuava era a de limitação do poder estatal, incutindo na idéia de Constituição a noção de documento estruturante do Estado, voltado a duas finalidades básicas: demarcar a separação orgânica dos poderes e assegurar liberdades, por meio da constitucionalização formal dos direitos e garantias individuais, denominados de **direitos fundamentais de primeira geração**, conforme preleção de Paulo Gustavo Gonet Branco:

O conceito de direito fundamental, conforme lembra Jorge Miranda, é coetâneo ao conceito de Constituição, sendo ambos indissociáveis do liberalismo político – daí o primado dos valores da liberdade, da segurança e da propriedade, e sempre a preocupação com a resistência ao arbítrio do governante. O cunho dos direitos derivados desses bens jurídicos é eminentemente individualista. Pretende-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal indene contra as expansões do Poder. Não surpreende, assim, que se voltem contra ações do Estado. Trata-se de direitos que postulam abstenção dos governantes, criam obrigações de não-fazer, de não intervir sobre aquelas esferas íntimas de cada indivíduo, indispensáveis ao seu digno desenvolvimento. Esses foram os primeiros direitos a serem positivados. Em razão disso, recebem o nome de direitos de primeira geração.⁸

Nessa era da **positivação dos direitos**, que passam a ser exercidos inclusive perante o Estado, impera o **formalismo jurídico**. Prega-se simplesmente o cumprimento regular das leis. A Constituição revelava a estrutura do Estado e os poderes constituídos, legitimando a

⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2.006, p.133.

⁸ *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p.107.

ordem estabelecida, independentemente de sua natureza, o que, contraditoriamente, dava lugar ao surgimento de Estados formalmente submetidos a uma Constituição, mas dotados de uma essência autoritária, tal como pondera Luis Roberto Barroso:

O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.⁹

A abstenção do Estado, ao lado da apregoada liberdade individual e econômica, outrossim, provoca o surgimento de uma sociedade desigual e injusta.

O liberalismo, de um lado, ostentava a bandeira do fim de privilégios nobiliárquicos e de uma suposta igualdade formal entre os homens; de outro lado, produz, em termos fáticos, grandes distorções sociais, constatando-se, com base em Bismark, que a liberdade formal se transmutava “numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente, a liberdade de morrer de fome”.¹⁰

De fato, com o advento do capitalismo, as relações sociais tornam-se mais complexas. Ocorre, na verdade, a transformação dos servos em trabalhadores livres e assalariados, os quais, no entanto, despidos de propriedades e de instrumentos para consumir e operacionalizar o livre comércio, passam a enfrentar o desemprego e a exclusão social. Conforme Luiz Koshiba, “a economia de mercado capitalista é inteiramente estruturada para garantir o lucro, e não a satisfação das necessidades humanas”.¹¹

A Constituição, no Estado Liberal, garante direitos de liberdade e propriedade, como esteio de uma economia de livre mercado. Constata-se, no entanto, o que se trata de uma igualdade somente perante a lei, meramente formal.

A interpretação constitucional, em tal contexto, considerando um ambiente de culto ao legalismo, era meramente formal, com aplicação técnica e jurídica, sem qualquer conteúdo político ou social. Exigia-se do intérprete uma atuação racional e neutra, a qual, na prática, se tornava inviável.

Afirma José Afonso da Silva:

⁹ *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 324.

¹⁰ Apud Bruno Galindo, *Teoria intercultural da Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.56.

¹¹ *História - origens, estruturas e processos*. 4. ed. São Paulo: Atual, 2.000. p. 357.

A lei aparece nesse contexto com a expressão deificada e acabada do legalismo do Estado liberal que brota da Revolução francesa. A lei, expressão da vontade geral, é concebida como perfeita, intocável, e irrepreensível, que não pode ser abolida senão por outra lei. Ela pretende definir, por si mesma, lembra Jean-Luc Chabot, os critérios da moralidade como a legitimidade das vontades particulares: ‘tudo que é definido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena’, declara o art. 5 da Declaração de Direitos de 17989; ‘a lei não reconhece mais nem votos religiosos, nem qualquer outro engajamento que seja contrário aos direitos naturais ou à constituição’, proclama o preâmbulo da Constituição francesa de 1791. A lei, não a palavra liberdade, é que se destaca nos Comentários da Declaração de Direitos de 1789. Ela é de fato, conclui o citado autor, a liberdade para os revolucionários franceses. Ela, segundo concepção do direito natural, imutável e universal, de onde decorre que a lei, que realiza o princípio da legalidade, que dá a essência do seu conceito, é concebida como norma jurídica geral e abstrata. A generalidade da lei constituía o fulcro do Estado de Direito. Nele se assentaria o justo conforme a razão. Dela, e só dela, defluiria a igualdade. Sendo regra geral, a lei é regra para todos.¹²

Os princípios liberais, contudo, não foram suficientes para conter as crises sociais e garantir as exigências coletivas, o que levou ao seu declínio. Surgem, assim, a partir do século XIX, várias doutrinas sociais, defendendo a intervenção do Estado na ordem econômica para a realização dos direitos sociais.

Concomitantemente, ocorre o surgimento do denominado constitucionalismo social, o qual, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:

marca-se pela superação da perspectiva inerente ao liberalismo individualista do período clássico. As constituições mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 são os primeiros sinais expressivos de um ideário novo, de cunho social, cristalizado nas Cartas Fundamentais. Nelas está plasmada a concepção de que não basta assegurar os chamados direitos individuais para alcançar-se a proteção do indivíduo. Impende considerá-lo para além de sua dimensão unitária, defendendo-o também em sua concepção comunitária, social, sem o que lhe faltará o devido resguardo. Isto é, cumpre ampará-lo contra as distorções geradas pelo desequilíbrio econômico da própria sociedade, pois estas igualmente geram sujeições, opressões e esmagamento do indivíduo. Não são apenas os eventuais descomedimentos do Estado que abatem, aniquilam ou oprimem os homens. Tais ofensas resultam, outrossim, da ação dos próprios membros do corpo social, pois podem prevalecer-se e se prevalecem de suas condições sócio-econômicas poderosas em detrimento dos economicamente mais frágeis. A consagração dos direitos individuais corresponde ao soerguimento de uma paliçada defensiva do indivíduo perante o Estado. A consagração dos direitos

¹² A Lei. *Coletânea Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2, jan./jul. 1993. p.49.

sociais retrata a ereção de barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos.¹³

Os direitos garantidos, de cunho individual, que limitam a atuação estatal, não mais bastam, surgindo os direitos fundamentais denominados de segunda geração:

Uma diferente pletora de direitos ganha espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que reivindicam prestações positivas deste, que cobram dos poderes públicos comportamento ativo na sociedade civil. São os direitos de segunda geração.¹⁴

São direitos que revelam a busca da realização de uma efetiva democracia social, tais como direito à saúde e educação, além da liberdade de sindicalização, direito de greve. Os direitos denominados de segunda geração exigem a intervenção do Estado, e se realizam por meio dos serviços públicos, conforme afirma Carlos Weis:

A chamada segunda geração dos direitos humanos surge em decorrência da deplorável situação da população pobre das cidades industrializadas da Europa Ocidental, constituída sobretudo por trabalhadores expulsos do campo e/ou atraídos por ofertas de trabalho nos grandes centros. Como resposta ao tratamento oferecido pelo capitalismo industrial de então, e diante da inércia própria do Estado Liberal, a partir de meados do século XIX floresceram diversas doutrinas de cunho social defendendo a intervenção estatal como forma de reparar a iniquidade vigente.

Diversamente dos direitos ditos de primeira geração, estes pressupõem o alargamento da competência estatal, requerendo a intervenção do Poder Público para reparar as condições materiais de existência de contingentes populacionais. Traduzem-se em direitos de participação que requerem uma política pública, encaminhada a garantir o efetivo exercício daqueles, e que se realizam através dos serviços públicos.¹⁵

O Constitucionalismo, que nasce de uma concepção liberal, no final do século XVIII, com a finalidade precípua de limitar a atuação e o poder estatal, deflagrando direitos fundamentais de cunho individualistas, transforma-se, com a crise do liberalismo e a necessidade de construção e efetivação de direitos sociais, em meados do século XX, no constitucionalismo social, exigindo-se, agora, do Estado, não mais a abstenção, e sim uma atuação efetiva, especialmente na ordem social.

¹³ Celso Antônio Bandeira de Mello. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, RDB 57-58, p. 234/256, 1981. p. 235.

¹⁴ Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p.110

¹⁵ *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 39

A luta por constituições sociais intensificou-se após as grandes guerras, geradas pela acirrada concorrência entre as grandes potências, em clima de exaltação ao nacionalismo, além da configuração de várias ditaduras, tal como A. Hitler na Alemanha, sob o discurso de implementação de reformas democráticas e reorganização da sociedade.

Destaca Bruno Galindo que a opção pelas constituições sociais “se alastra pela Europa do Pós-Guerra e até fora dela. Constituições como a alemã (1949), a francesa (1958), a portuguesa (1976), a espanhola (1978), e a brasileira (1988) são exemplos desta nova cultura constitucional social e dirigente. Até mesmo Estados que se mantêm em termos formais, como estritamente liberais, não deixam de ser afetados pela ideologia do Estado social, como os casos dos EUA, com a política rooseveltiana do *New Deal*, e do Reino Unido, que opta por realizar políticas de alcance social através da legislação comum (cf. Héritier: 1996, *passim*).¹⁶

Desta forma, os direitos fundamentais deixam de estar relacionados especificamente ao homem individual e passam a figurar relativamente à sociedade, sob o enfoque da fraternidade e solidariedade. São os denominados direitos de terceira geração, ligados à proteção da própria coletividade, ao meio ambiente, aos direitos sociais ou econômicos (direitos coletivos e difusos).

A interpretação constitucional clássica, seguindo a evolução social proclamada, passa a sofrer, igualmente, grandes modificações. Kelsen, inclusive, por meio da Teoria Pura do Direito, contribuiu para a mudança radical na metodologia empregada, ao expor que a interpretação seria um ato volitivo e não um ato de cognição, sendo certo que a interpretação, ao contrário do que pregava a interpretação clássica, não nos dirige a uma só solução, mas suscita várias possibilidades, cabendo ao intérprete, justamente, o papel da escolha da solução mais adequada ao caso concreto.

Importa ressaltar sobre o tema o estudo realizado por Paulo Bonavides:

Admitindo-se no quadro da norma aquelas várias possibilidades de aplicação, aqueles vários conteúdos pontenciais, Kelsen, ao deparar-se-lhe o problema de saber qual dentre eles representa a solução “correta”, diz que não se trata de um problema de teoria do Direito mas tão somente de política jurídica.¹⁷

E, continuando no desenvolvimento do tema:

¹⁶ *Teoria Intercultural da Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.006, p. 58

¹⁷ *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2.000, p.410

Como se vê, ao combater Kelsen o intelectualismo das escolas tradicionais e substituí-lo pelo voluntarismo da teoria pura do direito, faz da interpretação um ato que une o entendimento à vontade, o exercício de faculdades racionais e intelectivas ao livre querer do intérprete, de modo que a função do juiz, o seu papel na aplicação da lei, não se cinge à função mecânica de verificar certas premissas e extrair delas silogisticamente sua conclusão lógica, conforme resultava da posição intelectualista.¹⁸

A interpretação, então passa a sofrer uma evolução crítica, que invade, inclusive, a seara constitucional, não sendo passível de realização sem um confronto com a realidade social e política:

A interpretação da Constituição, como se vê, não é tarefa, só do jurista, mas daquele que, sobre ser jurista, há de aliar também a essa qualidade o dote de uma visão mais larga, o descortino do cientista político, ou pelo menos que, no trato das leis, não são de todo hóspedes em história do direito, direito comparado, política e história política, matérias indispensáveis, que funcionam como excelentes meios auxiliares na interpretação das normas constitucionais.¹⁹

A técnica interpretativa, pois, não ultrapassava a esfera legal e/ou Constitucional. Somente os elementos técnicos clássicos preconizados por Savigny (direito constitucional fechado) eram utilizados. Isto, no entanto, não atende mais a necessidade atual da sociedade moderna, em constante mutação, que passou a reclamar por realização de justiça efetivamente social.

Busca-se, assim, uma nova adequação da Constituição em relação à sociedade, o que revela a superação do liberalismo e positivismo, e a conseqüente necessidade de novos métodos de interpretação.

Vale citar entendimento de Luiz Alberto David de Araújo sobre o tema:

A Constituição apresenta íntima ligação com a política, já que contém o traçado geral do Estado e dos direitos fundamentais dos indivíduos que se vinculam a ele. Portanto, há de ser considerado na realização da interpretação todo o contexto sócio-econômico-político da sociedade estatal da época.²⁰

A Constituição passa a constituir um sistema aberto de valores, com a normatização de princípios, conferindo lugar de destaque e essencialidade aos direitos fundamentais.

¹⁸ *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2.000, p.410

¹⁹ Luiz Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 422.

²⁰ *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2.000, p.93.

A necessidade de garantia dos direitos fundamentais, com o intuito de assegurar a justiça social e a dignidade da vida humana em patamares mínimos, atinge tal grau de importância, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, que passam a ganhar proteção internacional, como bem pondera Carlos Roberto Siqueira Castro :

O direito de guerra, que constitui um dos mais antigos e veneráveis experimentos do Direito Internacional Público, ensejou a formação do Direito Internacional Humanitário, visto como a primeira grande expressão do internacionalismo no campo dos direitos do homem.²¹

Nesse passo histórico, podem ser citadas, para exemplificar, a criação das Nações Unidas e do Tribunal de Nuremberg, ambos em 1945.

Paralelamente à internacionalização dos direitos fundamentais, convém ressaltar que alguns autores defendem a existência dos direitos de quarta geração, especialmente Paulo Bonavides, em decorrência da própria globalização, os quais consistem no “direito à democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.²²

Finalmente, a evolução dos direitos fundamentais acompanha o desenvolvimento do direito constitucional, por meio do denominado movimento constitucionalista, iniciado à época do liberalismo, passando a social, o qual, agora, se depara com novos parâmetros, especialmente com o advento da União Européia, que deflagrou a existência de um direito constitucional comunitário, com a abertura das constituições de cada Estado, flexibilizando conceitos clássicos, como a soberania, o que ainda não se verifica em países periféricos e emergentes, como o Brasil, tal como esclarece Bruno Galindo:

Mais uma vez parece que o interculturalismo constitucional é a saída para a aceitação da sobrevivência de um constitucionalismo moderno em países desenvolvidos como os referidos acima, assim como em países subdesenvolvidos que precisam de instrumentos constitucionais emancipatórios para garantir o acesso de suas populações a patamares minimamente aceitáveis de direitos sociais e econômicos . Por isso, a necessidade, em países como o Brasil, da sobrevivência de institutos e idéias como o dirigismo constitucional, assim como a permanência do caráter

²¹ *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.12.

²² *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2.000, p. 524.

constitucional dos direitos aludidos e da vinculação do Estado a obrigações de prestação positiva para garantir e realizar estes últimos, já que o Estado permanece sendo o único ente político apto a fazê-lo, suprimindo a demanda da sociedade periférica.²³

1.3. PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO

No Brasil, podemos destacar, indubitavelmente, que a Constituição Federal de 1988 é uma das mais avançadas em relação à proteção dos direitos fundamentais. Isso, no entanto, não é o suficiente para que se verifique a real eficácia dos mesmos, haja vista que, especialmente em países emergentes, é latente a desigualdade entre classes, a exclusão social e marginalização da população carente.

Realmente, de acordo com Carlos Roberto Siqueira Castro:

Com o alargamento da positivação constitucional das aspirações humanas em termos de mais liberdade e de mais igualdade, o grande desafio dos ordenamentos nacionais passou a ser o da efetividade das normas constitucionais, ou seja, a superação da distância a mediar o Direito da Constituição e a realidade que vigora à sombra da Constituição, vale dizer, entre o *sein* e *solen* constitucional. Tal se aplica com especial relevo às nações com paisagem social típica de terceiro mundo (concentração de renda, bolsões de miséria, analfabetismo, subnutrição, desleixo ambiental, dependência econômica e tecnológica, deficiência dos serviços públicos, etc.), mas que, com justificada magnanimidade, incorporam em suas leis supremas o catálogo ampliado de direitos humanos segundo a tendência contemporânea, conforme exemplifica o caso brasileiro.²⁴

Revela papel de essencial importância na efetividade e concretização dos direitos fundamentais a atividade interpretativa, considerando, para tanto, os novos métodos e princípios constitucionais de interpretação.

A interpretação tem por tarefa principal a concretização das normas constitucionais, de modo a traçar uma ponte interativa dessas com a realidade social, democrática e dinâmica.

²³ *Teoria intercultural da Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.006, p. 269.

²⁴ *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.005, p.36.

Seguindo o entendimento de Celso Bastos e Samantha Meyer-Pflug, pode ser considerada “a atividade interpretativa como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais”.²⁵

A superação do liberalismo revela, assim, a necessidade de uma interpretação que supere a mera positivação das normas constitucionais, que conduza à concretização dos valores deflagrados pela ordem constitucional. Isto porque a realização da dignidade da vida humana só será verificada com a concretização efetiva dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, sendo certo que a interpretação pode garantir maior legitimidade à constituição e ao instituto da democracia.

O sistema normativo constitucional, no âmbito de uma sociedade moderna, dinâmica e pluralista, em constante evolução, marcada por mudanças muitas vezes significativas, dá origem à contemplação de termos imprecisos, abertos, os quais, às vezes, não apresentam fácil dedução, mas que ganham configuração clara na concretização das normas constitucionais. Daí a importância da atividade interpretativa, não se mostrando mais suficiente a aplicação exclusiva dos métodos tradicionais. Surgem métodos novos, com maior relevância a ser conferida aos princípios constitucionais, que servem, inclusive, como limite da atividade interpretativa.

Na realização da interpretação constitucional, pode-se atualmente apontar a existência de três métodos mais utilizados: o método jurídico, o método tópico e o método hermenêutico-concretizador.²⁶

O método jurídico ou clássico é aquele por meio do qual se entende que a constituição, tal como qualquer outra norma jurídica, deva ser objeto de interpretação, de acordo com as regras tradicionais preconizadas por *Savigny* (histórica, gramatical, sistemática e teleológica).

O método tópico, por sua vez, é aquele que tem por ponto primordial o fato concreto, ou seja, partindo-se deste, são utilizados todos os métodos livremente (topóis), conferindo-se

²⁵ A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: Virgílio Afonso da Silva (org). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.145.

²⁶ Vidal Serrano Nunes Júnior. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1.988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2.001, p.132

um caráter aberto à interpretação constitucional, na busca de uma solução mais adequada para o caso prático. Tal método, no entanto, é objeto de severas críticas, tal como o faz J. J. Canotilho:

A concretização de texto constitucional a partir dos topói merece sérias reticências. Além de poder conduzir a um casuismo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas. A interpretação é uma atividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável (Hesse), que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. Muller).²⁷

Finalmente, o método hermenêutico-concretizador se diferencia do método tópico, basicamente, por partir da norma constitucional. Cite-se, a respeito, entendimento de Vidal Serrano Nunes Júnior:

O método hermenêutico-concretizador preconiza que o início do processo de interpretação consiste exatamente na mediação desses dois elementos da norma constitucional, vale dizer, importa que, a partir do programa normativo (conteúdo do texto normativo), se efetue uma operação de seleção dos fatos e dados de realidade que vão compor o domínio normativo, ao mesmo tempo em que da relação entre eles haverá de extrair-se um significado, que reenvia ao próprio significado de norma constitucional.²⁸

A atividade interpretativa é bastante complexa, não retratando a doutrina um método específico, com unanimidade, que seja o mais correto ou mais adequado. A tendência nos dias de hoje é considerar todos os métodos interpretativos, que se complementam, com destaque aos princípios constitucionais e à essencialidade dos direitos fundamentais, como bem aponta Luis Roberto Barroso:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.²⁹

²⁷ *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 220.

²⁸ *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1.988*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2.001, p.136.

²⁹ *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.151.

Princípios, por sua vez, são “regras fundamentais de qualquer ciência ou arte”, fundamento”, “o que contém em si a razão de alguma coisa”, entre outras definições fornecidas por Maria Helena Diniz, as quais podem se aplicar às diversas ciências.³⁰

Do ponto de vista jurídico, no entanto, tal palavra, que contém em primeiro plano, definição simples e pragmática, é objeto de intensas e complexas reflexões.

O primeiro dilema a ser enfrentado é no tocante ao reconhecimento ou não dos princípios como norma jurídica, cujo tema já atravessou várias fases teóricas.

Primeiramente, na fase jusnaturalista, a normatividade dos princípios era praticamente nula, constituindo simples normas universais. Com o advento do liberalismo e do positivismo jurídico, os princípios passam a ser deduzidos da norma jurídica para suprir vazios, com caráter meramente de integração. Primeiramente surgem nos Códigos, mas somente no século XX é que os princípios passam a adquirir normatividade, figurando nas Constituições.

A normatização dos princípios, com a inclusão nas Constituições, faz com que os mesmos deixem de ter conteúdo meramente programático, para configurar maior eficácia às normas constitucionais.

Assim, a Constituição, seguindo uma concepção moderna e praticamente unânime na doutrina, é um sistema de normas jurídicas, as quais, podem ser de duas espécies – regras e princípios, que coexistem harmoniosamente, não havendo hierarquia entre as mesmas.

Efetivamente, o sistema jurídico, segundo J.J. Gomes Canotilho, é concebido por um conjunto de regras e princípios jurídicos, que compõem um sistema dinâmico e aberto de normas, justamente porque estas se revelam ora como regras, ora como princípios, numa estrutura dialógica, ou seja, “traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas à concepções cambiantes da verdade e da justiça”³¹.

Pois bem, apesar de espécies do gênero norma, os princípios e regras apresentam características diferentes, possuindo os princípios maior grau de abstração, enquanto as regras

³⁰ *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.v. 3, p.717.

³¹ *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p.171.

possuem abstração mais reduzida, sendo dirigidas a situações mais diretas. Os princípios demonstram, ainda, os valores da ordem jurídica e se manifestam por todo o sistema normativo, podendo ser classificados em três categorias, apontadas por Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: os princípios fundamentais, que expressam os principais objetivos e valores perseguidos pelo Estado; os princípios gerais, que significam verdadeiro desdobramento dos direitos fundamentais; e, finalmente, os princípios setoriais, os quais são especificações dos princípios gerais.³²

Note-se que se a Constituição deve ser interpretada dentro de sua unidade, sendo incogitável sua compreensão sem a aferição do papel que os princípios nela desempenham, conforme o raio de atuação, com maior ou menor influência, considerando, como afirma Robert Alexy, que devem os mesmos ser enfocados como mandados de otimização, que, deste modo, devem estar sempre presentes na interpretação de normas constitucionais³³.

A tarefa do intérprete, ao buscar a aplicação de um princípio constitucional, é o de desvendar o significado da norma, de acordo com o conteúdo que lhe foi determinado pela Constituição, tendente à realização de justiça social e da dignidade humana.

A interpretação constitucional inserida no contexto do sistema constitucional brasileiro revela papel de destaque enquanto instrumento para a concreta e efetiva realização dos direitos fundamentais sociais e econômicos. Caberá justamente à atividade interpretativa, especialmente na esfera do Poder Judiciário, buscar uma melhor adequação da lei às mudanças sociais no âmbito de uma sociedade dinâmica.

Assim, a Constituição deve ser vista como um sistema aberto, de normas e princípios, sensível a mudanças históricas e sociais, e não mais estática, visando sempre uma evolução, na busca por uma maior efetividade do direito e pela consagração da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, a interpretação deve lançar mão de princípios, que carregam em si maior incidência de valores, como ensinam Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos:

³² O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Virgílio Afonso da Silva (org). *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 304

³³ *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados freqüentemente entram em rota de colisão. A dificuldade que se acaba de descrever já foi amplamente percebida pela doutrina; é pacífico que casos como esses não são resolvidos por uma subsunção simples. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado, na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou alguma delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar de técnica de ponderação.³⁴

A teoria da ponderação auxilia justamente na escolha do princípio que se deve aplicar ao caso concreto ante a ocorrência de colisão. De acordo com Alexy, que estabelece distinção entre regras e princípios (diferença estabelecida entre duas espécies de normas), os conflitos entre regras se desenrolam na dimensão da validade, enquanto a colisão entre princípios transcorre fora da dimensão da validade, na dimensão do peso, de tal forma que os princípios têm peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera.³⁵

Os princípios, dotados de normatividade, conforme entendimento atual e pacífico na doutrina, exprimem valores, e podem servir como critério de interpretação, havendo princípios específicos da interpretação constitucional, os quais exercem verdadeiros vetores de atuação. Da mesma forma, podem figurar como limites, traçando caminho que não deverá o intérprete transpor.

Destaca Luís Roberto Barroso:

A generalidade, abstração, e capacidade de expansão dos princípios permite ao intérprete, muitas vezes, superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa, superadora do *summum jus, summa injuria*. Mas esses mesmos princípios funcionam como limites interpretativos máximos, neutralizando o subjetivismo voluntarista dos sentimentos

³⁴ O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Luís Roberto Barroso(Org). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2.006, p. 327.

³⁵ Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*, p.249/251. Robert Alexy. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p.72.

personais e das conveniências políticas, reduzindo a discricionariedade do aplicador da norma e impondo-lhe o dever de motivar seu convencimento.³⁶

Tais princípios são apontados pela doutrina, os quais podem estar expressos na Constituição Federal ou decorrerem logicamente do sistema constitucional.

1.3.1. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

No sistema constitucional brasileiro há a concepção do poder constituinte originário e do poder constituinte derivado, de forma independente, concebidos para atuarem de forma e em momentos distintos. Constitui o primeiro o poder que cria uma nova ordem jurídica, em regra, por meio de Assembléia Constituinte, que representa a vontade popular. Formalizada a nova carta, deve esta prever a forma pela qual poderá ser alterada, sendo que tal função reformadora será exercida pelo Poder Constituinte Derivado, com procedimento especial, e limites impostos pela própria Constituição Federal, através de áreas consideradas imutáveis, veiculadas por meio de cláusulas pétreas, inseridas no art.60, parágrafo 4º, ou vedações implícitas.

A existência do poder constituinte originário e do derivado, instituídos para atuarem de forma e em momentos separados e independentes, ao lado da rigidez da Constituição brasileira, escrita, acaba por conceder à mesma a característica de superioridade.

Assim, a Constituição Federal é a norma de maior hierarquia no sistema normativo brasileiro, de forma que todas as normas infraconstitucionais e atos jurídicos devem estar compatibilizados com a mesma, havendo, ademais, mecanismos para o controle de constitucionalidade.

1.3.2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

³⁶ *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 160.

O poder estatal é exercido por meio de três funções básicas: o Judiciário, o Executivo e o Legislativo, de acordo com a teoria da separação dos poderes, difundida por Montesquieu.

Os três poderes, assim constituídos, são independentes e se relacionam entre si com autonomia e igualdade, sem que um possa invadir a esfera de atuação do outro.

A interpretação constitucional poderá ser exercida pelos três órgãos, devendo os atos advindos das três esferas estatais estarem submetidos à Constituição Federal, cabendo, contudo, o controle da constitucionalidade ao Poder Judiciário, que deverá interpretar a norma supostamente inconstitucional. Assim, poderá o Judiciário rever atos do poder legislativo e do poder executivo, fugindo tal atuação de suas funções típicas, razão pela qual deverá ser cautelosa, conforme relata Luis Roberto Barroso:

O princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhe os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável.³⁷

Destarte, o princípio da presunção de constitucionalidade é reconhecido pelo sistema constitucional brasileiro, podendo tal presunção ser derrubada pelo Poder Judiciário, quando e se demonstrada, de forma indubitosa, a inconstitucionalidade, em decorrência da separação dos poderes e em razão da imperatividade intrínseca da norma, que deve ser resguardada, fornecendo ao sistema normativo segurança e viabilidade, até prova em contrário (presunção *iuris tantum*).

1.3.3.PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

De acordo com tal princípio, uma lei não deve ser declarada nula, se houver possibilidade de uma interpretação que a deixe em harmonia com o texto constitucional.

³⁷ *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.174.

Havendo várias possibilidades de interpretação, deve-se optar pela interpretação que esteja em sintonia com o texto constitucional.

Tal princípio decorre do princípio da supremacia da constituição, combinado com o princípio da presunção de constitucionalidade, que visa buscar a interpretação de uma norma que a torne compatível com o texto constitucional, declarando-se a sua inconstitucionalidade somente em último caso, em obediência, ainda, aos princípios de economia processual e do máximo aproveitamento das normas constitucionais.

Daí o acerto da afirmação de que a norma, como linha de interpretação, deve ser presumida constitucional e, nessa medida lida e entendida à luz da Constituição.

Merecem destaque a respeito as palavras de Celso Ribeiro Bastos, que tratam da busca de uma melhor interpretação das normas constitucionais, de modo a evitar a declaração de inconstitucionalidade, em virtude do surgimento de várias técnicas a serem consideradas no sistema constitucional vigente:

Vale dizer que, no século XX, cresceu e se expandiu vertiginosamente a ordem constitucional como verdadeiro centro irradiador de energias dinamizadoras das demais normas da ordem jurídica positiva. As modernas formas de interpretação constitucional encontram aí o seu nascedouro. Dentre as modernas formas de interpretação constitucional existentes destacam-se a “declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade e a mutação constitucional”, a “declaração de inconstitucionalidade como apelo ao legislador”, a “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade” e principalmente a “Interpretação conforme a Constituição”.³⁸

Assim, passou-se à utilização de tais técnicas, sempre com o objetivo de salvaguardar a ordem constitucional dentro de um Estado democrático de direito.

1.3.4.PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

³⁸ *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 269.

O princípio da unidade da Constituição indica que a constituição é um sistema composto por normas (princípios e regras) que se integram harmoniosamente.

Em decorrência de tal princípio, não se admite afirmar a existência de normas constitucionais originalmente inconstitucionais. A incompatibilidade pode ocorrer, por vezes, de forma meramente aparente, devendo o intérprete harmonizar os dispositivos, de acordo com o sistema global, com a permanência das duas normas aparentemente incompatíveis.

1.3.5. PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

O Intérprete deve realizar o ato interpretativo de forma a conceder ao texto constitucional a maior eficiência possível.

Tal princípio ganha importância quando relacionado aos direitos fundamentais, devendo se extrair destes a maior eficácia possível, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto.

Convém aqui afirmar que os direitos fundamentais já se encontram desgarrados da doutrina liberal, pela qual se pregavam direitos basicamente individuais, mediante a abstenção do Estado. Atualmente, considerando a evolução histórica de tais direitos, é possível afirmar que para a realização dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social, exige-se uma postura ativa do Estado, que deve atuar para a concretização dos direitos reclamados pela sociedade.

O debate relativo ao princípio da efetividade vem sendo enfrentado pela doutrina justamente para que os interessados possam exercer os direitos fundamentais e sociais previstos formalmente. Há que se considerar, igualmente, como bem aponta Cristina Queiroz, “a chamada proibição do retrocesso social. Esta determina que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais” (v.g., de assistência social), o legislador não pode depois eliminá-las sem

alternativas ou compensações. No fundo – segundo Gomes Canotilho, representaria a consagração da inversão lógica – o legislador “cria” os direitos sociais, o legislador dispõe “dos direitos sociais”.³⁹

Busca-se, pois, por meio do princípio ora debatido, a máxima realização possível dos ditames constitucionais, especialmente quando estão em jogo direitos fundamentais, que visam proporcionar vida digna aos cidadãos, os quais devem se concretizados, afastando-se o tanto quanto possível da idéia de normas programáticas que plainou à época do liberalismo. Em tal contexto, oportuna a citação de Vidal Serrano Nunes Júnior:

O Poder Público é que deve estar ajustado à Constituição e não o contrário, sob pena de burla ao Estado de Direito.⁴⁰

1.3.6. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é aquele que busca o equilíbrio entre os meios utilizados e a finalidade pretendida, de forma que a atividade interpretativa deve sempre se pautar pelo bem comum da sociedade, realizando-se a interpretação da forma que menor onerosidade possa causar, além de servir para conter abusos e arbitrariedades.

Decorre de tal princípio a interpretação mais razoável da norma, com a adequação à finalidade pretendida. O Direito Brasileiro tem admitido esse princípio, de acordo com duas posições, conforme afirma Celso Ribeiro Bastos. Uma delas, por influência da doutrina alemã, que assegura que o princípio decorreria implicitamente do sistema; a segunda, por influência da doutrina norte-americana, que sustenta que decorreria o princípio do devido processo legal.⁴¹

O princípio da proporcionalidade era classicamente aplicado ao direito administrativo, especificamente à atividade de polícia, com o objetivo de evitar excessos ou abuso.

Após a segunda grande guerra mundial começa o conceito a sofrer ampliação, passando a configurar o princípio da proporcionalidade como princípio constitucional, no

³⁹ Direitos Fundamentais Sociais: Questões Interpretativas e Limites de Justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org) . *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 199.

⁴⁰ *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1.988*, p.143

⁴¹ *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 235.

bojo do Estado de Direito, ganhando grande importância no campo dos direitos fundamentais, como fator de proteção.

Como sustenta Paulo Bonavides, “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade”.⁴²

Deve o princípio nortear a atividade interpretativa, de modo a demonstrar o equilíbrio e a ponderação que deverá existir entre os meios utilizados e o fim almejado, sempre com supedâneo na defesa dos direitos fundamentais, impedindo qualquer atuação limitadora aos mesmos.

⁴² *Curso de direito constitucional*, p. 359.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

2.1. CONCEITO

São considerados direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados.

Está na letra do artigo 6º da Constituição Federal, já com a alteração advinda da Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2.000, que introduziu ao rol dos direitos sociais o direito à moradia, seguindo tendência de expansão e avanços na doutrina de tais direitos, que percorre caminho cumulativo no decorrer da história.

Isto não significa afirmar que o rol expresso no dispositivo legal supracitado demonstre relação exaustiva, havendo, evidentemente, outros direitos sociais difundidos no texto constitucional.

Enfoques metodológicos diferentes podem levar a outras conceituações, como a clássica adotada por José Afonso da Silva, designando direitos sociais como “prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos”.

Convém destacar que, apesar da origem dos mesmos reclamarem a atuação positiva do Estado, hoje é possível detectar direitos sociais de índole negativa, como também direitos sociais oponíveis a particulares.

De qualquer forma, o início da implementação dos direitos sociais coincide com o surgimento do Estado Social, sob a influência de várias doutrinas políticas e filosóficas que buscavam justamente a concretização de direitos da coletividade e não mais somente os proclamados direitos à liberdade de cunho individualista.

Tais direitos surgem no bojo da crise do liberalismo ante a constatação da insuficiência do Estado abstencionista, com o intuito de fornecer, de alguma forma, uma proteção à classe operária, pobre e oprimida, e aos cidadãos marginalizados.

Os ideais liberais, de cunho individualista e jusnaturalista, com efeito, pregavam a liberdade, objetivando limitar o poder estatal e político, de caráter absolutista. São direitos de resistência e de oposição perante o Estado, os quais fizeram eclodir no mundo fático e real desigualdades sociais gritantes, tudo sob as vestes da legalidade, voltando-se a lei como regra para todos, sem, contudo, considerar o próprio conteúdo e/ou consequências devastadoras, sobretudo do ponto de vista econômico, de forma a gerar uma igualdade meramente formal.

Movimentos sociais clamam pela realização de novos direitos a serem suportados e implementados pelo Estado, dando origem aos denominados direitos fundamentais de segunda geração, que são, justamente, os direitos sociais, culturais e econômicos.

A denotar o caráter prestacional do Estado, a edição das constituições Mexicana (1917), e Alemã, de Weimar (1919), figuram como marcos do Estado Social.

Importante constatar que os direitos liberais de liberdade, denominados de primeira geração, configuraram a ocorrência de direitos negativos, com a celebração da abstenção estatal, enquanto os direitos sociais, denominados de segunda geração, proclamavam basicamente direitos positivos, relativamente às prestações exigidas do Estado para a satisfação de necessidades coletivas.

Assim, no âmbito do Estado Social e Assistencialista, os direitos sociais, como nova categoria de direitos fundamentais, carregam em si a incumbência de possibilitar a concretização da proclamada igualdade liberal que se mostrou meramente formal, através da garantia efetiva de direitos que assegurem a proteção da dignidade do ser humano, os quais só poderiam ser realizados por meio de condutas prestacionistas do Estado. É válido observar que a origem dos direitos sociais exigia uma atuação positiva do Estado para os reclamos da sociedade em contrapartida à abstenção pregada pelo liberalismo.

Tal concepção tradicional, no sentido de que tais direitos refletiriam sempre direitos positivos, mediante obrigatória prestação estatal, já se encontra superada pela doutrina atual, pois os direitos sociais podem ser configurados, independentemente de uma atuação positiva

do Estado. Por vezes, os direitos sociais podem refletir meros direitos de abstenção, como o direito à greve ou à irredutibilidade de salário.

Nesse sentido, Vidal Serrano Nunes Júnior:

Fincados nesses pressupostos, podemos conceituar direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.⁴³

Vale, ainda, trazer à tona sobre o tema as palavras de João dos Passos Martins Neto:

É inevitável, pois, que termine inteiramente desacreditada a tradicional concepção dos direitos sociais como obrigações estatais positivas. Pretender, com base nela, agrupar os direitos sociais como um complexo de instituições homogêneas, seria pecar por incontornável falta de rigor, salvo se a abordagem assim feita viesse acompanhada da ressalva de que somente se está levando em conta a regulação constitucional das tarefas estatais de natureza providencial (ou em educação, assistência, previdência ou saúde), campo realmente aberto à possível ocorrência de direitos de prestação contra a administração pública. Como quer que seja, por hora, o dado relevante a registrar é que, entre os direitos sociais, podem existir tanto direito de abstenção como direitos de prestação, e o interesse prático da constatação está em que essa cisão em dois grupos repercute, naturalmente, sobre os respectivos modos de satisfação.⁴⁴

Inclusive, segundo adverte o mesmo autor, os direitos sociais podem ser oponíveis não só ao poder público, mas podem refletir também em relações de traço privado, tal como nas relações de trabalho em que deve ser garantido o direito ao recebimento de salário-mínimo.

Os direitos sociais, desta feita, implicam ações positivas ou negativas, mas há nos mesmos uma dupla conotação, uma de âmbito individual e outra coletiva, objetiva, direcionada ao Poder Público e à sociedade:

Os ordenamentos jurídicos constitucionais da atualidade, ao consagrarem a existência de um direito social à saúde, acolheram essa dupla perspectiva. Dessa forma, assim como ocorre com os direitos fundamentais em geral, que podem ser observados sob várias dimensões complementares, também o

⁴³ *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 70.

⁴⁴ *Direitos fundamentais: conceito, funções e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 178.

direito à saúde compreende a perspectiva individual de busca de ausência de moléstias e a coletiva de promoção da saúde em comunidade.⁴⁵

De toda forma, não há como deixar de afirmar que os direitos sociais são preponderantemente prestacionais, ou seja, não exigem contraprestação por parte dos beneficiários.

Adverte-se que, como categoria ou espécie dos direitos fundamentais, deve-se aplicar aos direitos sociais os mesmos caracteres, quais sejam: a universalidade, a limitabilidade e a irrenunciabilidade.

Tal significa afirmar que os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, não são absolutos, podendo ser limitados ante a ocorrência concreta de colisão entre dois direitos, como bem afirmam Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo:

Tratando-se de um fenômeno verificável pelo antagonismo concreto de dois direitos, de titulares distintos, que circunstancialmente vieram a se chocar, é evidente que as situações de colisão permanecem ao desabrigo de anterior previsão constitucional regulamentar, de tal modo que solução do impasse só poderá ser alvitada no caso concreto.

Em outras palavras, essas chamadas “colisões” de direitos são representadas por situações em que o concreto exercício de um direito fundamental implica a invasão da esfera de proteção de outro direito fundamental.⁴⁶

Ademais, os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, não podem ser renunciados, para que reste garantido o grau mínimo para uma existência humana digna, sendo, outrossim, destinados a todo e qualquer ser humano, sem qualquer restrição.

Finalmente, importa revelar que o parágrafo 4º, inciso IV, do artigo 60, da Constituição Federal, é aplicável aos direitos sociais, impingindo-lhes grau máximo de intangibilidade.

Tal afirmação se faz necessária ante a dúvida levantada por parte da doutrina, com a sustentação de que a cláusula denominada pétrea seria aplicada tão somente aos direitos e garantias individuais, por força de interpretação literal do texto, o que não deve ser admitido.

⁴⁵ Marlon Alberto Weichert. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 12 2.

⁴⁶ *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123.

Atualmente, a interpretação constitucional deve considerar o sistema jurídico global, bem como os princípios reveladores dos valores adotados pela ordem jurídica.

Evidentemente, considerando as diretrizes da constituição brasileira, que busca salvaguardar a dignidade da pessoa humana, bem como a justiça social, com a redução das desigualdades, não há como não dar uma conotação extensiva ao dispositivo constitucional supra descrito. Refletir contrariamente levaria a questionar a fundamentabilidade dos direitos sociais, o que não deve ser admitido.⁴⁷

2.2. EFETIVIDADE E APLICABILIDADE

A grande problemática que se impõe ao constitucionalismo atual, especialmente quando se trata de Países denominados emergentes, como o Brasil, é quanto à falta de efetividade e aplicabilidade das normas de direitos sociais, fato que já era suscitado por Norberto Bobbio:

o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. “Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.⁴⁸

A base crucial se deu quanto à idealização formal no plano constitucional dos direitos sociais, sem as respectivas garantias para a sua real efetividade.

Com efeito, o surgimento dos primeiros direitos sociais estava ligado à ideia de normas com efeitos meramente programáticos, que traçavam diretrizes a serem buscadas pelo Estado, sem, contudo, qualquer traço de obrigatoriedade, deixando de proporcionar ao beneficiário o respectivo direito subjetivo ou qualquer outro mecanismo de exigibilidade.

⁴⁷ João dos Passos Martins Neto. *Direitos fundamentais: conceito, funções e tipos*, p.173. (O autor defende a posição de que os direitos sociais são péticos e, como tais, fundamentais)

⁴⁸ *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

Sob a perspectiva do Estado liberal, verifica-se que enquanto os direitos individuais se materializavam por meio de normas constitucionais aplicáveis de imediato, os direitos sociais eram sistematicamente correlacionados a uma ideia de aplicação paulatina, segundo critérios discricionários do administrador público. Tinham como viés uma atuação prestacional, por parte do Estado, que, não raro, alegava a escassez dos recursos públicos para o cumprimento da Constituição. Assim, eclodiram várias normas programáticas, as quais proclamavam os fins, sem, contudo, delimitar ou assegurar os meios ou garantias para o atingimento desses.

A ideologia clássica que deu sustentação aos direitos sociais, necessita, assim, de superação. Faz-se necessário a tomada de um caminho incondicional para a efetivação imediata dos direitos sociais, já encampados solidamente pela Constituição Brasileira de 1.988, não mais sendo suficiente para sustentar a não concretização de tais direitos fundamentais a bandeira da escassez dos recursos públicos.

Merece o tema reflexão urgente e madura, para que haja superação da ideia primária de mera programaticidade das normas sociais, sem qualquer aplicabilidade.

Destarte, a própria ordem constitucional, ainda que formalmente, encerra tal celeuma, através do artigo 5º, parágrafo 1º, impondo, de forma clara, a aplicabilidade imediata das normas de direitos sociais:

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

No mesmo diapasão, afirma Flávia Piovesan:

O princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais intenta assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso significa que esse princípio investe os Poderes Públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos. Todos os direitos fundamentais – entenda-se tanto os direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais – passam, assim, a dispor de força jurídica vinculante.⁴⁹

⁴⁹ A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. In: André Ramos Tavares (coord.). *Constituição Federal – 15 Anos: mutação e evolução*. São Paulo: Método, 2003, p. 46.

A problemática da falta de concretização dos direitos sociais envolve, outrossim, o imperativo de realização de um projeto eficiente de políticas públicas, por parte do Estado, de acordo com o que proclama a própria Constituição Brasileira, o que lhe confere uma tônica tipicamente dirigente.

Registre-se, porém, que, nos países desenvolvidos, denominados de primeiro mundo, especialmente os Países do Mercado Comum Europeu, constatou-se, no decorrer do tempo, várias conquistas já implementadas na realização efetiva de direitos sociais, proclamados desde o final do século XIX e início do século XX, conferindo ao menos um núcleo central da dignidade típica do ser humano, o que não se verifica em países subdesenvolvidos, marcados por traços de pobreza e desigualdades aviltantes.

Aliás, advém do sucesso já atingido por grande parte dos países desenvolvidos, com a concretização dos mais variados direitos fundamentais, a afirmação de que a Constituição Dirigente, proclamada por J J Gomes Canotilho, que consiste em conferir ao Estado um papel interventor na busca da implementação efetiva de amplo rol de direitos sociais, na tentativa de amenizar as desigualdades sociais, estaria superada, com o alcance de seus propósitos ideais, sendo certo que os países denominados de primeiro mundo já buscam novos desafios e se deslocam em direção ao denominado Direito Comunitário, fato que não se aplica, evidentemente, aos países emergentes.

Inclusive, segundo Bruno Galindo:

Canotilho reafirma a defesa da revisão da constituição dirigente, sem que isso implique o seu esgotamento teórico. Afirmar que as constituições dirigentes continuarão a existir enquanto forem historicamente necessárias. Portanto, não se trata de falar em esgotamento teórico do modelo dirigente-vinculante, mas em um deslocamento, ao menos parcial, do mesmo para o direito comunitário. Os postulados das culturas constitucionais liberal e social não são mais suficientes, pois ambos têm como referencial a indivisibilidade da soberania constitucional no Estado, enquanto a cultura constitucional supra-estatal incipiente pressupõe a repartição dessa soberania entre o Estado e o ente jurídico supra-estatal. Daí ser hoje adequado em falar que há uma transferência de muitos papéis e técnicas dirigistas das constituições dos Estados para a “Constituição” da UE. Esvazia-se o dirigismo constitucional para deslocá-lo em direção ao dirigismo comunitário.⁵⁰

⁵⁰ *Teoria intercultural da Constituição*, p. 206

Verifica-se que nos Países periféricos, como o Brasil, ainda permanece integralmente válida a concepção da constituição dirigente, enquanto teoria jurídica, na forma idealizada por Canotilho, buscando-se, por meio dela, suavizar a miséria e as patentes exclusões sociais, como demonstra, novamente, Bruno Galindo:

Mais uma vez parece que o interculturalismo constitucional é a saída para a aceitação da sobrevivência de um constitucionalismo moderno em países desenvolvidos como os referidos acima, assim como em países subdesenvolvidos que precisam de instrumentos constitucionais emancipatórios para garantir o acesso de suas populações a patamares minimamente aceitáveis de direitos sociais e econômicos. Por isso, a necessidade, em países como o Brasil, da sobrevivência de institutos e idéias como o dirigismo constitucional, assim como a permanência do caráter constitucional dos direitos aludidos e da vinculação do Estado a obrigações de prestação positiva para garantir e realizar estes últimos, já que o Estado permanece sendo o único ente político apto a fazê-lo, suprimindo a demanda da sociedade periférica. E diga-se, que não há nada de anacrônico na afirmativa defendida, pois os países desenvolvidos que permitem uma atual abertura de suas constituições, nem sempre o fizeram.⁵¹

Faz-se necessário confirmar, em tal contexto, a permanência do papel do Estado como realizador e concretizador dos direitos sociais em Países como o Brasil, apesar de algumas limitações fáticas, especialmente de caráter econômico (reserva do possível).

Na verdade, este constitui o núcleo central do problema, relativamente à falta de concretização dos direitos sociais ante a escassez dos recursos públicos, como destaca J J Gomes Canotilho:

No campo dos direitos a prestações se evidencia, igualmente, a aporia da constituição dirigente: a um máximo de desejabilidade constitucional de direitos econômicos, sociais e culturais corresponde, em geral, uma relativização dos mesmos, derivada da *interpositio* necessária do legislador e da subordinação da efectividade constitucional à proclamada reserva do possível (em termos econômicos, sociais e, naturalmente, também políticos).⁵²

O fato é que se revela um problema atual a extração da eficácia e aplicabilidade imediata das normas relativas aos direitos sociais.

Válida se faz a inserção do tema sob enfoque técnico, contextualizando o conceito de eficácia em contraste com o termo validade, vigência e aplicabilidade.

⁵¹ Ibidem, p. 269

⁵² *Constituição dirigente e vinculação do legislado*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas., 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 365.

Seguindo Maria Helena Diniz, em tal ponto, cumpre observar que a validade da norma indica que a disposição normativa está conforme às prescrições constitucionais, relativamente à fase constitutiva do processo de produção. Já a vigência da norma é relativa à existência da norma em determinada época, no período que vai de sua publicação até sua revogação, ou até o prazo estabelecido para sua validade.

Finalmente, vale destacar:

a eficácia vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso.⁵³

A eficácia, então, relaciona-se com a produção de efeitos, desde que existente a norma. Ressalte-se, contudo, que constituem conceitos independentes, pois uma norma pode ter vigência e não ter eficácia, como também ter eficácia, sem que se verifique a vigência.

Como deduz Tércio Sampaio Ferraz Jr, terá eficácia a norma constitucional que tecnicamente tiver condições de aplicabilidade, podendo, então, produzir seus próprios efeitos de direito.⁵⁴

A eficácia das normas sociais estaria, desta forma, ligada à possibilidade de produção de efeitos a promover a ou não a aplicabilidade das mesmas, não obstante toda norma tenha eficácia, ainda que mínima, até mesmo como condição de vigência, de acordo com os ensinamentos de H Kelsen.⁵⁵

Como quaisquer normas constitucionais, as normas de direitos sociais são dotadas de imperatividade, tal como afirma Gustavo Amaral:

“ Longa foi a evolução dos direitos do homem até seu reconhecimento atual. Essa evolução, desde os reclamos fundados em uma visão ideal da criação do Estado, passando pelas primeiras declarações de direito, até o alargamento do conteúdo, com o surgimento dos direitos de 2ª, 3ª e, para uns, de 4ª geração, não nos é possível analisar, pelos limites do trabalho

⁵³ *Norma constitucional e seus efeitos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.24

⁵⁴ Regras para a eficácia constitucional. In: O Estado de São Paulo. 11.01.1996

⁵⁵ *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

proposto. Para uma visão rápida sobre o tema, vale a leitura da primeira parte de Antonio E. Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*.

Dessa evolução cumpre destacar a posição atual, de que tais direitos são efetivamente direitos, são normas cogentes, reivindicáveis judicialmente, ao menos no seu núcleo mínimo”.⁵⁶

Como já afirmado, a Constituição Federal deixa claro e inequívoco o fato de que as normas veiculadoras de direitos sociais possuem eficácia imediata (artigo 5º, parágrafo 1º, CF), além da eficácia vinculante que se pode extrair dos instrumentos processuais de garantia consagrados por meio do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.⁵⁷

Apesar de não subsistir qualquer dúvida no tocante à possibilidade de aplicabilidade imediata das normas sociais, especialmente após expressa disposição constitucional em tal sentido, ainda persiste a controvérsia acerca do tema.

Para dirimir a questão da eficácia dos direitos sociais, torna-se imprescindível trazer à colação os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, cuja teoria explana que, partindo-se do pressuposto de que não há norma constitucional destituída de eficácia, as normas constitucionais diferem entre si quanto ao teor de aplicabilidade imediata ou quanto à consistência dos direitos outorgados.⁵⁸

Assim sendo, segundo o autor, as normas que dispõem sobre os direitos sociais outorgam poderes, quando não dependem de prestação alheia e requerem, ao contrário, abstenção, em geral do Poder Público, tal como o direito de ir e vir, e podem ser exercitados de imediato; ou, outorgam direitos, dependentes de conduta de outrem, em regra o Estado, tal como o direito ao ensino religioso como disciplina nas escolas de grau primário e médio, consagrado no artigo 176, parágrafo 3º, V, CF 1969, que é exigível de imediato, se negado. Outras normas são meramente atributivas de competências, as quais geram direito somente de que a competência não seja exercida por pessoa diversa da regularmente investida. E, finalmente, normas que apontam finalidades que devem ser cumpridas pelo Poder Público,

⁵⁶ Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: Ricardo Lobo Torres (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 101.

⁵⁷ Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p.46.

⁵⁸ Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, p. 233.

para as quais os efeitos consistem na proibição de normas ou comportamentos contrários à diretriz da norma constitucional, podendo o administrado se opor judicialmente aos atos conflitantes, além do direito à interpretação conforme os ditames proclamados.

Já as normas que dispõem sobre direitos sociais que dependam de legislação infraconstitucional, deflagram efeitos, mas de menor densidade. Permitem reprimir atos contrários, como também o dever de interpretação no mesmo sentido da norma constitucional.

Pontifica o autor, ainda:

Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficáciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da palavra.⁵⁹

Ressalta, pois, inequívoca a idéia de plena efetividade dos direitos sociais.

Acrescente-se, por outro lado, que a questão da escassez dos recursos públicos, a falta de implementação das políticas públicas para a concretização dos direitos sociais, e até mesmo a ineficiência no trato da coisa pública, cujo tema será abordado posteriormente, não poderá levar à descaracterização da natureza das normas de direitos sociais.

Assim, as normas de direitos fundamentais, englobando em tal concepção os direitos sociais, são normas portadoras de eficácia, passíveis de aplicabilidade e exigibilidade imediata. Tal característica é concedida pela própria Constituição Federal, consagrando tais normas como geradoras, inclusive, de direitos subjetivos.

O fato do descumprimento de tais normas, concretamente, especialmente por parte do Poder Público, não pode descaracterizar a eficácia concedida pela ordem constitucional, que deve ser imediata.

Segue a mesma linha de pensamento João dos Passos Martins Neto, que afirma que as normas constitucionais atributivas de direitos sociais, ou seja, quando trata da reserva feita a alguém de um dado bem da vida (direito subjetivo), podem ser subdivididas em autônomas (atributivas de direitos auto-suficientes) e não autônomas (atributivas de direitos coalescentes), se se referirem a um direito subjetivo íntegro no nível constitucional ou se a

⁵⁹ Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, p. 255.

integralidade do direito subjetivo depender de edição de norma infraconstitucional, sendo certo que podem ser auto-aplicáveis as normas de direitos sociais trabalhistas, como também as de direitos sociais providenciais, que exigem prestações positivas do Estado, tal como a norma que confere direito ao ensino fundamental público e gratuito. Que, ademais, a não auto-aplicabilidade das normas atributivas de direitos sociais, enquanto não editada norma infraconstitucional, não impede o acesso judicial para a respectiva exigibilidade (justiciabilidade imediata), tal como ocorre com a possibilidade de utilização do mandado de injunção previsto na CF no artigo 5º, LXXI, prescrevendo:

Contra essas evidências, poderia haver quem sustentasse que os direitos sociais, especialmente àqueles que evocam a prestação de serviços públicos, não comportam jamais aplicabilidade autônoma porque, para sua plena satisfação, primeiro se tem de criar as condições materiais necessárias. Trata-se de argumento errôneo, produto de inadvertida confusão entre o plano normativo(ou do dever-ser) e o plano fático (ou do ser). É óbvio que o direito de uma criança ao ensino fundamental público e gratuito, mesmo que plenamente configurado pela norma atributiva, só será observado espontaneamente se a administração responsável, previamente, construir a escola e contratar professores.

Mas é também óbvio que, à falta de implemento da estrutura indispensável, nem por isso o direito inexistente: ele vige, na sua inteireza, como prescrição jurídica dotada de total autonomia, conquanto desatendida na ordem dos fatos pela inadimplência estatal.

Com efeito, é absurdo vincular o juízo sobre a integridade ou não-integridade de uma regulação de direito subjetivo ao dado contingente da sua observância ou inobservância pelo sujeito passivo. Proceder assim seria anuir à espantosa premissa de que só haverá direito onde não houver violação. Daí por que a dependência de providências materiais a cargo do obrigado não interfere na constatação do grau de densidade normativa.⁶⁰

Realmente, as normas constitucionais que veiculam direitos sociais, tais como as que conferem liberdades e garantias, possuem plena e imediata aplicabilidade, com a possibilidade do respectivo pleito judicial, se negados ou desrespeitados concretamente, eis que conferem direitos subjetivos, não descaracterizando a natureza destes a não concretização das políticas públicas necessárias para o respectivo implemento, carecendo, outrossim, de justificada demonstração, por parte do poder público, a mera alegação de impossibilidade de cumprimento do direito social em questão, mediante simplória sustentação de suposta insuficiência de recursos financeiros.

Vale citar, igualmente, J. J. Gomes Canotilho:

⁶⁰ *Direitos fundamentais: conceito, funções e tipos*, p.181.

Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser subjetivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos.⁶¹

Denota-se, ademais, que não se faz possível a relação de todos os direitos sociais e respectivos dimensionamentos práticos, dada a vastidão de direitos existentes no texto constitucional, além da variada forma de concretização dos mesmos.

Não há, pois, como se afastar de uma avaliação fática de cada caso concreto, tornando imprescindível, em tal ponto, a tarefa interpretativa, cujo papel deverá ser exercitado pelo Poder Judiciário, como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello:

O intérprete das normas – quem diz a verdade jurídica – não é o Legislativo, nem o Executivo, mas o Judiciário. Ora, as disposições constitucionais são normas. Assim, o titular do poder jurídico de dizer sobre elas é, pois, o Judiciário.⁶²

A figura do intérprete constitucional, em tal ponto, guarda relevante função, na busca de conquistas concretas, a fim de tornar a distância entre o direito formal e a realidade mais tênue, conferindo às normas de direitos sociais a maior eficácia possível, além de garantir a realização da justiça social e da dignidade do ser humano, fins buscados pelo Estado.

No exercício da atividade interpretativa, os princípios constitucionais revelam grau de extrema importância, especialmente o princípio da proporcionalidade, que tem por objeto justamente a preservação dos direitos fundamentais, a serem aplicados, com a ponderação de valores.

O Princípio da Proporcionalidade, em tal ponto, deve ser visto sobre os três ângulos destacados por Paulo Bonavides, quais sejam: pertinência ou aptidão, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. O primeiro revela-se como meio examinador de adequação e conformidade, de forma que, pelo meio empregado, seja possível alcançar o objetivo desejado. O segundo ângulo é revelado pela dosagem correta do meio adotado, sem

⁶¹ *Constituição dirigente e vinculação do legislado: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 368.

⁶² *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, p.253.

ultrapassar limites necessários para conservar o fim desejado. O terceiro, por seu turno, revela a própria proporcionalidade, considerando o conjunto de coisas e interesses em jogo.⁶³

Finalmente, tratando o presente trabalho de tema relativo à saúde, não há como deixar de analisar a questão relativa à efetividade da norma que outorga tal direito.

Com efeito, disciplina a Constituição, por meio do artigo 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, tornando expresso, ainda, ser de relevância pública as ações e serviços de saúde, cuja execução deverá ser feita diretamente ou por meio de terceiros, ou por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Trata-se de norma constitucional, de acordo com a teoria desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello, que outorga direito, que depende de prestação alheia, em regra o Estado, que pode ser exercitado de imediato, com prescindência de lei, apesar de já existir lei infraconstitucional que confere regulamentação adequada e suficiente ao tema. Assim, a norma constitucional que dispõe sobre o direito à saúde possibilita o desfrute imediato e positivo dos respectivos direitos, bem como a exigibilidade imediata, se desatendido concretamente o direito. Geram tais normas, além disso, direitos e poderes restringíveis, podendo ocorrer limitação e restrições na concretização dos mesmos, desde que mantido o respeito em relação ao núcleo fundamental do mandamento constitucional.

No tocante ao núcleo essencial já garantido pela constituição, é vedada qualquer restrição, com apoio ao denominado princípio de proibição do retrocesso. Muitas vezes, os direitos sociais vêm dispostos em normas constitucionais que necessitam de regulamentação, por meio de legislação infraconstitucional, que não pode contrariar os efeitos já garantidos constitucionalmente.⁶⁴

⁶³ *Curso de direito constitucional*, p.360.

⁶⁴ Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos denominam este princípio como eficácia negativa e como derivação desta a eficácia vedativa do retrocesso, ligada aos princípios que envolvem direitos fundamentais e que exigem a progressiva ampliação destes. (O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 308).

Pode-se dizer, finalmente, que tais normas revelam o efeito de compelir os órgãos estatais a realizar interpretação sempre na mesma direção dos preceitos adotados relativamente à Justiça Social.

Outrossim, se analisado sob o enfoque da classificação trazida à tona por João dos Passos Martins Neto, o direito à saúde é viabilizado por norma constitucional atributiva autônoma, que se refere a direito subjetivo íntegro no nível constitucional (direitos auto-suficientes), norma esta auto-aplicável, pois independe de norma infraconstitucional. Gera, igualmente, justiciabilidade imediata.

2.3. O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PANORAMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A garantia do mínimo existencial foi conceito que surgiu ligado diretamente à dificuldade de efetivação dos direitos sociais, relativamente à questão da limitação fática dos recursos financeiros para a concretização de políticas públicas.

Assim, passou-se a acreditar que a efetivação dos direitos sociais deveria estar condicionada diretamente à existência de possibilidade econômica do razoável, consistente no princípio da reserva do possível.

Tal instituto surgiu inicialmente na Alemanha, limitando o direito subjetivo relativo a um determinado direito social outorgado constitucionalmente à exigência do razoável, contrapondo a dificuldade de concretização dos direitos sociais à limitabilidade dos recursos públicos necessários para a implementação de políticas públicas.

Assim, se a pretensa exiguidade dos recursos públicos impede a realização efetiva de todos os direitos sociais, surge a garantia do mínimo existencial como limite à concretização de todas as demandas sociais.

Certo é que as pessoas devem ter a garantia da defesa de um núcleo básico e irremissível de seus direitos sociais garantidos constitucionalmente.

É evidente que a demarcação desse mínimo vital não é algo estanque, devendo ser objeto de interpretações que contemplem as novas realidades sociais.

Nesse sentido, importante delimitar que a Constituição de 1988 proclama formalmente que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, tendo por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza, marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais.

Revela-se, desta forma, que para a consecução de seus propósitos deve o Estado ter capacidade de aparelhamento e condição econômica de atuação, sob um aspecto interventivo.

Impõe-se, logicamente, que, para uma efetiva atuação, o Estado realize gastos e, para tanto, deve possuir receitas, as quais são arrecadadas, basicamente, com a tributação.

Ocorre que as receitas obtidas pelo Estado devem servir prioritariamente à consagração dos direitos fundamentais do homem, à realização dos fins e valores dimensionados pela ordem constitucional.

Dentro de tal perspectiva, harmônica à ordem constitucional vigente, é que deve ser visto e estudado o orçamento do Estado, especialmente quando da delimitação e escolha das diretrizes políticas e os impactos distributivos alcançados com as mesmas.

O papel do Estado na organização e aparelhamento da economia, buscando um equilíbrio entre receita e despesa é imprescindível, mas sem se afastar dos princípios constitucionais consagrados, que exigem a realização das necessidades sociais e consagração de um mínimo essencial de dignidade e cidadania.

A propósito, registra Márcia Águia Arend:

De qualquer modo, o que fica evidente é que nos países de primeiro mundo o respeito pelos direitos humanos, entendidos como satisfação das necessidades reais dos indivíduos, integra a lógica justificadora da imposição tributária, havendo consciência da sociedade sobre a racionalidade do sistema tributário e vigilância dessa mesma sociedade na aplicação do produto da riqueza, que dela é compulsoriamente recolhida ao Estado, erigindo um sistema de controle e legitimação que concorrem para melhoria dos padrões de civilidade e liberdade das pessoas de forma mais abrangente.

Em contrapartida, em países como o Brasil, o tema direitos humanos continua afastado do universo tributário, como se não o integrasse, útil apenas para composição de discursos eleitorais. Nesse contexto, padece duplamente a sociedade, especialmente os mais pobres, tanto como vítima dos abusos do poder tributante, pois sofre com a carga tributária direta e indireta, como não recebe em serviços públicos os recursos provenientes dos tributos.⁶⁵

A questão do planejamento orçamentário, assim, é peça chave do Estado, devendo sempre estar atrelado à consecução de suas finalidades precípuas, buscando uma compatibilidade entre a eficiência da atuação e a existência de uma democracia.

O orçamento reflete a linha por onde será conduzida a política pública de um Estado, com o estabelecimento de metas, escolha de diretrizes, planos de atuação, bem como a definição de como e em que serão gastos os recursos arrecadados.

Foi a Constituição de 1988 que implementou normas mais eficazes na questão do equilíbrio orçamentário, com avanços concretos, em virtude da definição de três instrumentos na realização do modelo orçamentário: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

O Plano Plurianual estabelece as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal (artigo 165 da CF), com previsão para um período de quatro anos das despesas a serem realizadas, relativas aos programas de duração continuada, ultrapassando uma gestão de governo, já que deve ser apresentada no primeiro ano de mandato para vigorar a partir do segundo ano.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias apresenta, por sua vez, os planos para o exercício seguinte, enquanto a Lei Orçamentária Anual serve como execução dos planos e programas, de acordo com o plano de governo, e sempre compatibilizando com o PPA e LDO.

Também editada a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101), de 4 de maio de 2000, que estabelece maior controle na realização orçamentária, bem como a Lei 10028/2000, com penas pecuniárias e reclusão para crimes fiscais.

⁶⁵ Direitos humanos e tributação. In: Ubaldo César Balthazar; Marcos Rogério Palmeira (orgs). *Temas de direito tributário: estudos em homenagem ao Professor Índio Jorge Zavarizi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2.006, p.49.

Contudo, o fato é que, apesar de grandes avanços ocorridos na área de execução e programa orçamentário no Brasil, o orçamento público ainda não revela uma compatibilização entre o mundo formal da lei e as exigências de uma concreta eficiência administrativa na utilização dos recursos públicos.

Tais legislações refletem a exigência de uma apresentação meramente contábil de um planejamento orçamentário, quando, na verdade, deveria haver a verificação da aplicação concreta dos planos orçamentários, bem como também a fiscalização dos gastos públicos efetivamente realizados.

A corroborar, as palavras de Francisco Humberto Vignoli:

Embora uma etapa importante de todo esse processo esteja sendo cumprida há que se lembrar que resta muito a ser feito. A inexistência de critérios objetivos que avaliem a qualidade tanto do processo de elaboração orçamentária quanto do gasto público, faz com que as análises restrinjam-se, única e exclusivamente, aos critérios quantitativos, ou seja, aos documentos contábeis. Da mesma forma, e apesar de a Lei de Responsabilidade Fiscal fazer referência explícita a essa matéria, não se dispõe de um sistema de custos que permita determinar quanto custa cada ação desenvolvida pelo poder público. Além disso, não se tem notícia de uma padronização por parte dos Tribunais de Contas dos Estados na análise das prestações de contas dos Estados e Municípios, o que acaba por gerar interpretações distintas para os mesmos temas, dificultando a aplicação da Lei. Por outro lado, é hora de os Tribunais estabelecerem critérios objetivos e transparentes que permitam cruzar dados do PPA, LDO e LOA com os dados contidos nos Balanços Anuais a fim de se verificar se o que foi planejado está sendo efetivamente executado, impedindo que, na ausência de indicadores qualitativos, a execução orçamentária se desfigure totalmente.⁶⁶

As causas que levam à dificuldade de verificação da realização concreta do programa orçamentário e fiscalização são várias, tais como falta de transparência no processo de execução orçamentária, grupos sociais que fazem valer interesses próprios em processos eleitorais, além do fenômeno da corrupção, até porque, como alerta Marcos Fernandes Gonçalves da Silva, não há Estado que se possa dizer perfeito:

Uma visão do problema da corrupção e da produção de bens públicos e semipúblicos, calcada em Olson, descartaria qualquer possibilidade de um Estado gerencial puro. O Estado e o mercado político não são perfeitos: políticos e burocratas representam seus interesses dentro do governo e os interesses de agentes privados que se organizam coletivamente para agir sobre a máquina governamental, e tal ação tem como objetivo caçar renda de

⁶⁶ Legislação e execução orçamentária. In: Ciro Biderman; Paulo Arvate (orgs). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 380

grupos da sociedade menos organizados. Essas transferências podem ser acompanhadas de conflitos distributivos entre diversos grupos de interesse que competem entre si para garantir maiores benefícios. Entretanto, faz-se necessária a exposição mais detalhada do argumento que sustenta a impossibilidade de um Estado gerencial. É preciso mostrar por que o burocrata deve ser submetido ao controle de leis severas, ao custo de, na ausência de tal procedimento, amargarmos os custos do clientelismo e da corrupção.⁶⁷

Torna-se, assim, importante avaliar com certa parcimônia a realização do mínimo existencial, como fator delimitador da realização concreta dos direitos fundamentais ante a escassez dos recursos públicos.

A democracia no Brasil é prática relativamente recente, haja vista a ocorrência de vários anos de ditadura ter impedido o desenvolvimento regular desse fenômeno. Tal fato permite considerar que o programa orçamentário vem revelando progressos, com a edição de legislações que denotam desenvolvimento e revelam uma maior clareza tanto no planejamento quanto na fiscalização dos gastos públicos, o que não se mostra suficiente.

Trata-se de um caminho a ser trilhado e já iniciado com a Constituição Federal de 1.988, com a introdução de técnicas modernas e democráticas, como a integração do Legislativo no processo orçamentário, mas ainda longe do objetivo almejado.

Desta feita, não se pode permitir a limitação dos direitos fundamentais, com base em registros que se revelam meramente contábeis, que não demonstram de forma clara e definitiva a eficiência da administração na gestão pública.

Tais fatos também não podem levar à falta de efetividade das normas sociais, pois não devem ficar limitados e condicionados ao que se denomina de reserva do possível, exceto se houver uma prova contundente, por parte do Estado, que justifique a ausência de verba.

Ademais, deve existir, por parte do Poder Público, atuação séria e compromissada na realização dos desígnios constitucionais democráticos, no sentido de viabilizar, concretamente, políticas públicas que possam assegurar a máxima efetividade às normas sociais, com o objetivo de diminuir a miséria e as desigualdades sociais gritantes no País.

⁶⁷ Corrupção e produção de bens públicos. In: Ciro Biderman ; Paulo Arvate (orgs). *Economia do setor público no Brasil*, p. 132.

Desta feita, devem ser assegurados os direitos consagradores e garantidores do mínimo existencial para cada cidadão. Mas, este não deve ser o objetivo a ser alcançado por uma sociedade verdadeiramente democrática. Ao contrário, deve-se buscar extrair a máxima efetividade possível das normas sociais, devendo ser vista com restrição a limitação e vinculação dos direitos sociais à reserva do possível.

Perigoso, inclusive, cair no simples diletantismo de assimilar conceitos adaptados a outras comunidades mais desenvolvidas, como ocorre com a reserva do possível, surgida na Alemanha, que apresentava condições históricas, sociais e econômicas bem diferentes das do Brasil, o que pode levar concretamente no nosso País à não efetividade concreta e eterna dos preceitos sociais.

A propósito, a bem-posta manifestação do Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Celso de Mello:

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”(RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”(ADPF 45)

Busca-se, então, a denominada eficácia sociológica ou social, suscitada por Maria Helena Diniz, através da qual a norma se torna eficaz se observada pelos seus destinatários: a eficácia “decorreria da eficiência (Geltung), ou seja, do fato de ser a norma verdadeiramente observada ou obedecida no meio social a que se destina”.⁶⁸

Deve, pois, a Administração Pública adequar suas condutas no trato da coisa pública, buscando a implementação das normas sociais, que possuem plena eficácia, com condições imediatas de aplicabilidade.

⁶⁸ *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 65.

3. O SERVIÇO PÚBLICO E AS PRESTAÇÕES ESSENCIAIS

O serviço público não pode ser objeto de estudo, sem a apreciação conjunta com o Direito Administrativo, assim definido, por Celso Antônio Bandeira de Mello:

O Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a desempenham.⁶⁹

A ligação entre os temas é tão intensa que houve época em que havia quase uma fusão entre os institutos, tamanha a força que se conferia aos serviços públicos.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro revela que León Duguit, um dos pioneiros da Escola do Serviço Público, surgida na França, “considerava o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado, sem distinguir o regime jurídico a que se sujeita essa atividade. Dentro desse conceito, o Direito Administrativo, por referir-se ao serviço público, incluiria normas que pertencem ao direito constitucional e processual, abrangendo, inclusive, a atividade industrial e comercial do Estado, que se submete ao direito privado. O conceito não faz nenhuma distinção entre a atividade jurídica do Estado e o serviço público, que é atividade material”.⁷⁰

Com efeito, o direito administrativo surge no final do século XVIII e início do século XIX, período em que se destacava o movimento denominado constitucionalismo, diretamente ligado à idéia de proteção de direitos individuais e limitação ao poder estatal, em contraposição aos regimes monárquicos.

Nasce, então, à época da eclosão da Revolução Francesa, com a necessidade de regulamentação e controle das atividades estatais, a teoria orgânica do poder, que consagrava a tripartição de funções estatais, que deveriam passar a ser exercidas por três distintos órgãos: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

⁶⁹ *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2.008, p. 29.

⁷⁰ *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 44.

Inclusive, costuma apontar a doutrina como marco inicial do direito administrativo o movimento revolucionário francês, que perpetrou mudanças estruturais na sociedade, marcando o início do assim chamado Estado Moderno.

Na própria França, foi criado, sob o influxo das idéias revolucionárias, o Conselho de Estado, responsável pela solução de lides e conflitos em que figurasse a Administração, dando origem à dupla jurisdição, uma administrativa e outra comum.

Efetivamente, a criação do Conselho de Estado adveio da falta de confiança que se depositava no Judiciário, herdada do período monárquico, em que todas as decisões ocorriam em prol dos reis e seus interesses imediatos.

Criada a jurisdição administrativa, houve, no decorrer do tempo, uma sucessão de julgados e decisões, que deflagraram a construção de vários princípios do direito administrativo moderno.

Vale ressaltar, outrossim, que a atuação do Estado, quando do surgimento do direito administrativo, era mínima, pois se buscava a proteção de direitos individuais (direitos fundamentais de primeira geração) e a limitação de abusos do Estado e, para tanto, pregava-se a máxima abstenção deste.

Foi com o advento do constitucionalismo social, quando se tornou imprescindível a concretização de direitos de cunho social (direitos fundamentais de segunda geração), os quais buscavam minimizar a pobreza e miséria que afloraram no bojo do liberalismo, que as atividades estatais se intensificaram, pois somente através destas é que os valores sociais que se mostravam necessários poderiam se tornar realidades.

Assim, após o advento do Estado Social, é que as atividades do Estado foram objeto de grande expansão, conforme pontifica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O conteúdo do Direito Administrativo varia no tempo e no espaço, conforme o tipo de Estado adotado. No chamado Estado de Polícia, em que a finalidade é apenas de assegurar a ordem pública o objeto do Direito Administrativo é bem menos amplo, porque menor é a interferência estatal no domínio da atividade privada. O Estado do Bem-estar é um Estado mais atuante; ele não se limita a manter a ordem pública, mas desenvolve inúmeras atividades na área a saúde, educação, assistência e previdência social, cultura, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo. Nesse caso, o Direito Administrativo amplia o seu conteúdo, porque cresce a

máquina estatal e o campo de incidência da burocracia administrativa. O próprio conceito de serviço público amplia-se, pois o Estado assume e submete a regime jurídico publicístico atividades antes reservadas aos particulares.⁷¹

Efetivamente, surge a necessidade da intervenção do Estado para a consecução dos direitos de índole coletiva, os quais serão realizados basicamente por meio dos serviços públicos.

Porém, as necessidades sociais se alteram, de acordo com o contexto histórico, o que significa que

a evolução histórica produzirá o surgimento de novas manifestações qualificáveis como serviços públicos, mas também poderá impor a exclusão de outras. Essa variação é tanto mais previsível quanto mais intensa for a dinâmica das modificações culturais e tecnológicas.⁷²

Em tal diapasão, pondera Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

é inquestionável a existência de uma relação entre os modelos de Estado e as teorias das formas de atuação da Administração Pública. O modelo de Estado adotado em certo momento e em certo local guarda uma estreita relação com as funções pertinentes à respectiva Administração Pública e, via de consequência, com o delineamento do próprio direito administrativo, cuja compostura pode retratar caráter mais autoritário ou mais flexível aos valores democráticos. Na verdade, os objetivos que o Estado se propõe perseguir condicionam as atribuições da Administração Pública e estas, por sua vez, determinam os modos de atuação e de organização por ela adotados.⁷³

Importa verificar, de qualquer forma, que o surgimento dos serviços públicos sempre esteve diretamente relacionado com a realização das necessidades sociais, com a concretização do interesse público e social, seja de cunho individual, como decorrência do advento do liberalismo, ou coletivo, cujo viés foi seguido posteriormente.

Efetivamente, os conceitos de serviço público desenvolvidos a partir do Estado Moderno passam a ter ligação direta com o ente coletivo.

Contudo, por força do desenvolvimento da sociedade, e já se desvinculando dos ideais do liberalismo, o Estado passa a ser mais solicitado à intervenção, com o intuito de

⁷¹ *Direito administrativo*, p.03

⁷² Marçal Justen Filho . *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.34

⁷³ *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 62.

apaziguar problemas sociais mais densos e complexos, típicos de um ambiente dinâmico em pleno desenvolvimento.

Inclusive, passa o Estado a intervir significativamente também na área econômica e, como alerta Alexandre Santos de Aragão, não só para explorar atividades *stricto sensu*, “como também serviços públicos que passaram a necessitar de uma estrutura industrial complexa e em rede (telecomunicações, energia, gás canalizado etc. – serviços públicos industriais ou comerciais, passando a adotar mecanismos de direito privado, através de sociedades de economia mista e empresas públicas”.⁷⁴

Ocorreu, então, logicamente, um movimento expansionista das atividades que passaram a ser desenvolvidas pelo Estado e que integravam a base dos denominados serviços públicos, até mesmo em decorrência de uma necessidade histórica desenvolvimentista.

Superada a necessidade de intervenção estatal, a atuação, anteriormente positiva, passou a configurar um excesso, acarretando várias consequências, inclusive a deflagração do déficit público, pois as receitas arrecadadas pelo Estado não se mostravam mais suficientes para o suporte das despesas frente à abertura e intensificação das novas atividades que eram assumidas.

Aliás, como informa Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

Na quadra final do século XX o Estado do bem-estar, idealizado durante as últimas décadas, recebe crítica cerrada, identificado com a idéia de ineficiência econômica do setor público e o desperdício de recursos; incapacidade de investimento; o imenso custo, causador de gigantescos endividamentos públicos; insatisfatória qualidade dos serviços prestados, tornado-se o cidadão cativo e sufocado pelo próprio Estado.⁷⁵

Assistimos a pleito por menor intervenção estatal, especialmente na área econômica, o que reflete franca tendência à redução dos serviços públicos.

Desta forma, o intervencionismo estatal outrora intenso passou a sofrer grandes transformações e, de acordo com os ensinamentos de Pedro Gonçalves e Licínio Lopes Martins:

⁷⁴ *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.242

⁷⁵ *O serviço público e a Constituição brasileira de 1.988*, p. 65.

As raízes dessas alterações remontam às primeiras crises do Estado social por volta dos anos sessenta, e que viriam a tornar-se mais visíveis com o decurso do tempo: os gastos públicos exponenciais do sector público, a carga fiscal necessária para o seu financiamento, o déficit público incontável, a ineficácia e a ineficiência da gestão pública⁷⁶.

Realça, ademais, de forma oportuna, Celso Antônio Bandeira de Mello, o declínio do comunismo como causa do renascimento das idéias liberais, “agora ‘recauchutadas’, com o rótulo de ‘neo’ e a disseminação de idéias políticas de interesse dos países dominantes e das camadas socialmente mais favorecidas”.⁷⁷

No esteio deste movimento, na Europa, através da integralização sucessiva de vários Países, com base nos princípios do livre comércio e da livre concorrência, foi criado o denominado Direito Comunitário, que exige uma maior abertura constitucional, por meio da elaboração de uma Constituição Européia, com a qual se chega à relativização do próprio conceito de soberania, demonstrando substancial alteração do conceito de serviço público.

Trata-se de fenómeno novo e recente, o qual se aplica especificamente aos Países que participam da União Européia, mas que implica, sem qualquer dúvida, um caminho para a implementação gradual de mudanças.

Mesmo no Brasil, onde a Constituição é tradicional, ampla e diretiva, já há mostra de absorção de influência direta, com mudanças que são aos poucos absorvidas, por meio de diretrizes políticas já concretamente adotadas, muito embora as realidades sejam diversas.

O Direito Comunitário Europeu adotou entendimento, segundo o qual deverão ser priorizados os princípios da ordem econômica.

Assim, as atividades de índole eminentemente econômica devem passar a ser desenvolvidas por particulares, sob pena de infringir o princípio da livre concorrência e do livre comércio.

Com tal concepção, esclarece Pedro Gonçalves:

⁷⁶ Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador. In Vital Moreira (org.). *Estudos de regulação pública*. Coimbra: Coimbra Editor, 2004. p. 180.

⁷⁷ A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.15, p. 100-111, 1996. p.111; Dinorá Adelaide Musetti Grotti . *O serviço público e a Constituição brasileira de 1.988*, p. 66.

Com a privatização material dos “serviços públicos”, o Estado não presta mais as atividades e deixa de ser o titular, mas lhe ressalta a responsabilidade de assegurar e de garantir a existência e a prestação das mesmas, ao que se denomina responsabilidade garantia, ou pode ficar apenas responsável pelo controle e fiscalização, como ocorre em relação a qualquer outra atividade privada. Ressalta-se, assim, que a privatização dos típicos serviços públicos como energia elétrica, transportes e telecomunicações e a adoção da liberdade de empresa desonera o Poder Público da prestação de serviços, mas não o isenta da sua responsabilidade garantia, a qual também é exercida por intermédio da regulação.⁷⁸

Observa também Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

No seio da União Européia (como também no direito brasileiro, conforme artigo 170 da Constituição) adotam-se como postulados da ordem econômica a liberdade de iniciativa e a livre competição. Em decorrência disso, a Corte de Justiça da União Européia entende que a idéia de que existam serviços públicos exclusivos do Estado é contrária à idéia de livre iniciativa; e a idéia de que serviços públicos possam ser prestados por empresas estatais contraria a livre concorrência.

Daí ter-se adotado e imposto aos países-membros a substituição do conceito de serviço público por serviço de interesse econômico geral. A consequência foi a privatização de empresas estatais, a privatização de serviços públicos (não na forma de gestão, mas das atividades, que passaram a ser consideradas de natureza privada), com a devolução das mesmas à livre iniciativa, a liberação de preços etc.⁷⁹

A influência provocada por tal concepção irradiou-se, atingindo, inclusive, o Brasil, onde houve verdadeira corrida para a privatização, por iniciativa do próprio Governo.

Decorre de tais acontecimentos o que hoje se denomina crise do serviço público, sendo certo que a doutrina diverge sobre o tema, existindo várias concepções de serviço público, com alguns autores que chegam a declarar a falência deste.⁸⁰

⁷⁸ *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 9.; Fernanda Schuhli Bourges. Transformações nos serviços públicos e a prestação por particulares. In: Romeu Felipe Bacellar Filho e Luiz Alberto Blanchet (Coords.). *Serviços públicos: estudos dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.135.

⁷⁹ *Curso de direito administrativo*, p. 32

⁸⁰ Gaspar Ariño Ortiz. *La regulación económica*. Buenos Aires: Ábaco, 1996, p. 57; Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación). In: Gaspar Ariño Ortiz; J.M.de La Cuétera; J.L.Martínez López-Muñiz. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 22-23; *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Colaboração de Juan Miguel de la Cuétara Martínez e Lúcia López de Castro García-Morato. Granada : Comares, 1999, p. 550; J.M. de la Cultera Martínez. Tres postulados para el nuevo servicio público. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar.; CUÉTERA, J.M.de La; LÓPEZ_MUÑIZ, J.L.Martínez. *El nuevo servicio público*. Madrid : Marcial Pons, 1997, p. 112. Carlos Ari Sundfeld sustenta, na atualidade, a inutilidade do velho conceito de serviço público, por duas razões substanciais: a) a vinculação excessiva do conceito a um certo modelo econômico de exploração do serviço, monopólico, não-concorrencial, por meio de empresas estatais, que está sendo abandonado em todo o mundo, inclusive no Brasil; b) o questionamento da

Mas, segundo esclarece Alexandre Santos de Aragão, de acordo com teoria desenvolvida por Manuel Aragón Reyes:

As crises podem ter basicamente dois sentidos: situação de um instituto quando se duvida de sua continuação; ou a sua relevante modificação no decorrer de um processo. No primeiro caso, o sentido de “crise” incorpora da dúvida sobre a própria continuidade da existência do instituto ou fenômeno; no segundo, denota que ele prossegue existindo, ainda que transformado. É nesse segundo sentido que se deve considerar que o serviço público está em crise, já que os serviços públicos continuam existindo e não há nada que possa nos levar a crer que, em um futuro razoavelmente próximo, desaparecerão, o que não ilide, contudo, que já tenham sofrido e, atualmente, mais uma vez, estejam sofrendo notáveis modificações.⁸¹

A influência sofrida pelas alterações já implementadas na União Européia, efetivamente, provoca e continuará a produzir influência no decorrer do tempo aos demais Países, não integrantes, o que leva à provocação de mudanças, de forma paulatina, mas não a ponto de aniquilar a existência do serviço público, que continua a exercer papel relevante na concretização de necessidades sociais.

No Brasil, especialmente, não se pode falar em superação e inexistência de serviço público, pois há uma base constitucional do serviço público. Embora o texto de 1988 não tenha erigido algum conceito de serviço público, forneceu alguns parâmetros, alguns referenciais conformadores da área definida como própria dos serviços públicos.⁸²

Não há dúvida de que cabe ao Estado a responsabilidade pelos serviços públicos. Mais do que isso, a doutrina brasileira já reconhece, através do artigo 175, IV, da CF, o direito fundamental ao serviço público adequado.⁸³

viabilidade de existir um conceito de síntese do serviço público, pertinente à especificidade do seu regime jurídico, como foi no passado. Isso porque, nos primórdios os serviços em causa eram muito simples, quer no aspecto tecnológico, quer no da organização econômica; conseqüentemente, sua disciplina jurídica não era muito complexa, limitando-se ao enfoque de poucas questões. Mas, diante de sua diversificação, os serviços públicos não podem ser tratados e disciplinados de modo uniforme, não sendo viável explicar tudo globalmente (Serviços públicos e regulação estatal. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32-33).

⁸¹ Alexandre Santos de Aragão. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007., p. 240.

⁸² “A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público terá de ser contrastada com a definição expressa ou suposta pela Constituição” (Ruy Cirne Lima. *Pareceres: Direito Público*. Porto Alegre: Sulina, 1963. p. 122)

⁸³ Romeu Felipe Bacellar Filho. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Luiz Alberto Blanchet (coords.). *Serviços Públicos: estudos dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 14.

Resta configurar o que pode ser delimitado como serviço público, atualmente, o que ainda suscita debates.

Importante contribuição, para tanto, é a conferida por Alexandre Santos de Aragão, que afirma que “o foco deve ser dado no regime jurídico”.⁸⁴

Contudo, a verificação do regime jurídico não é o suficiente para a caracterização de serviço público.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece o tema, apontando dois elementos identificadores da noção de serviço público:

Um deles, que é seu substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados; o outro, traço formal indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa unidade normativa.⁸⁵

De acordo com o mesmo autor, o primeiro elemento revela a distinção entre serviços *uti universi* e *uti singuli*, de modo que somente este estaria englobado na noção de serviço público, ponto igualmente desenvolvido por Renato Alessi.⁸⁶

Também esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello que “a atividade estatal denominada serviço público é a prestação consistente no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc) singularmente fruíveis pelos administrados que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico”.⁸⁷

Assim, o conceito de serviço público estaria diretamente ligado à prestação de serviços *uti singuli*, os quais, seguindo *definição de* Maria Sylvia Zanella Di Pietro, seriam aqueles que “têm por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos”, encontrando-se “nesta categoria determinados serviços comerciais e industriais do Estado (energia elétrica, luz, gás, transportes) e serviços sociais(ensino, saúde, assistência e previdência social)” etc., enquanto os serviços *uti universi* “são prestados à coletividade, mas

⁸⁴ *Direito dos Serviços Públicos*, p. 128.

⁸⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 662.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 663; Renato Alessi. *Le prestazioni amministrative rese ai privati*. Milano: Giuffrè, 1946

⁸⁷ *Ibidem*, p. 663.

usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos. É o caso dos serviços de defesa do país contra inimigo externo, dos serviços diplomáticos, dos serviços administrativos prestados internamente pela Administração, dos trabalhos de pesquisa científica, de iluminação pública, de saneamento”.⁸⁸

Já o segundo elemento caracterizador do serviço público, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, seria relativamente ao regime jurídico de direito público, orientado por princípios diversos do direito administrativo, tais como princípio da supremacia do interesse público, do dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação e princípio da universalidade.⁸⁹

A Constituição Federal estabelece os serviços considerados públicos, muito embora não os identifique em rol exaustivo. De qualquer forma, há serviços exclusivos do Estado, tais como os estabelecidos no artigo 21, X e XI, e não exclusivos, os quais podem ser executados pelo Estado ou por particular. Se executados por particular, haverá necessidade de autorização e ficam sujeitos a controle (poder de polícia). Os serviços não exclusivos configuram os serviços sociais (saúde, previdência social, assistência social e educação).

Mas, como bem aponta Marçal Justen Filho, a doutrina reconhece que o conceito de serviço público se desdobra em três aspectos – o material, o subjetivo e o formal.⁹⁰

Pela perspectiva formal, objetiva ou essencial, a definição se dá por meio do objeto, que visa a concretização de necessidades vitais dos administrados, enquanto pela perspectiva subjetiva, a definição se dará quando a atividade for prestada pelo Estado, de forma direta ou indireta. E, finalmente, pelo viés formal, verifica-se a existência do serviço público com a presença do regime jurídico de direito público.

Tais critérios, contudo, individualmente, não são mais passíveis de caracterizar o serviço público.

⁸⁸ *Direito administrativo*, p. 103. A autora ao conceituar serviços *uti singuli* e serviços *uti universi* relata ser o conceito deduzido por Celso Antônio Bandeira de Mello um conceito restrito de serviço público, apontando existir outros serviços que são considerados públicos e nem por isso são usufruíveis diretamente pela coletividade, tal como os serviços administrativos do Estado prestados internamente, os serviços diplomáticos, os trabalhos de pesquisa científica, os quais só beneficiam indiretamente a coletividade. (op. cit., p.92).

⁸⁹ *Curso de direito administrativo*, p. 666.

⁹⁰ *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 20.

O aspecto subjetivo não seria suficiente para caracterizar serviço público, pois o próprio Estado realiza outras atividades que não podem ser caracterizadas como serviços públicos.

Já do ponto de vista formal, assinala Marçal Justen Filho:

Deve reconhecer-se que a questão formal é logicamente dependente das outras duas. Sem dúvida, o serviço público se peculiariza pela existência de um regime jurídico específico. Mas a aplicação desse regime depende da presença de certos requisitos. Todo serviço público está sujeito ao regime de direito público, mas nem toda atividade (estatal ou privada) é um serviço público. Uma questão fundamental, portanto, reside em determinar quando e porque uma atividade pode (ou deve) ser considerada serviço público e, desse modo, submeter-se a um regime público peculiar.⁹¹

Para o mesmo autor, “o núcleo do conceito de serviço público reside no aspecto material ou objetivo. O fundamental reside na identificação das características de certas atividades, o que gera sua qualificação como serviço público”.⁹²

Noção clara e que deve ser ressaltada é que o serviço público deve ser assim considerado pela Constituição Federal e, como alerta César A. Guimarães Pereira, “vocação para o serviço público é dada por uma consideração de natureza essencialista, que identifica certas características que autorizam a lei a considerar pública uma certa atividade(ou seja, a submetê-la ao regime jurídico de serviço público)”.⁹³

Inclusive, no mesmo diapasão, César A Guimarães Pereira revela o pensamento sustentado por Marçal Justen Filho:

O serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação dos direitos fundamentais.⁹⁴

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, em tal passo, quando traça a distinção entre função pública e serviço público, procura realçar a ligação deste com a obrigação do Estado em satisfazer as necessidades dos cidadãos:

⁹¹ *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 20

⁹² *Ibidem*, p. 21

⁹³ *Usuários de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 256.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 255.

Via de consequência, considera-se válido o critério que considera a função pública como uma atividade destinada à produção de atos jurídicos e o serviço público concernente à prestação de atividade material, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, ampliando, assim, a esfera de desfrute de comodidades e utilidades materiais pelos administrados.⁹⁵

Mesmo na Europa, onde houve a supressão inicial dos serviços públicos, delimitou-se para determinadas atividades econômicas consideradas essenciais, como energia elétrica, a imposição de obrigação de serviço público, como também na França, manteve-se o conceito de serviço público para as atividades sociais, como aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁹⁶

Importante a ligação do serviço público aos direitos essenciais, pois, desta forma, o Estado será responsável não só pela prestação dos mesmos, como também pela continuidade da prestação.

Assim, como aponta César A Guimarães Pereira, no Brasil, alguns serviços são contemplados pela Constituição Federal como obrigatoriamente públicos:

É o que ocorre com os serviços de saúde e educação prestados pelo Poder Público. Os mesmos serviços podem ser prestados pelas pessoas privadas como atividade privada, nem mesmo sujeita a concessão ou permissão. Porém, são obrigatoriamente prestados como serviços públicos – e gratuitos, exceto em certos casos – pelo Estado.⁹⁷

Efetivamente, não há como tratar o tema de forma diferente, especialmente no contexto social e econômico brasileiro.

A Constituição Federal reconhece a existência do serviço público, cuja obrigação pela prestação é conferida ao Estado, principalmente quando relacionado aos direitos sociais, ficando clara a inserção do direito à saúde como tal.

⁹⁵ *O serviço público e a Constituição Brasileira*, p. 115.

⁹⁶ *Direito administrativo*, p.32. “No direito francês, onde nasceu e se desenvolveu o conceito de serviço público, houve séria oposição a essa mudança; porém, adotou-se o conceito de serviço de interesse econômico geral para as atividades econômicas exercidas pelo Estado, mas manteve-se o conceito de serviço público para as atividades sociais do Estado. A consequência de privatizar uma atividade, colocando-a na livre iniciativa, é que o particular não tem o dever de prestá-la; quando o direito francês elaborou o conceito de serviço público foi exatamente pela idéia de que somente o Estado tem o dever de assumir atividades essenciais, ainda que com prejuízo ou inteiramente às custas do dinheiro público. Além disso, sendo o serviço prestado por particular, como atividade privada, não se aplicam princípios como os da continuidade, universalidade, isonomia e outros inerentes à prestação de serviços públicos. Daí a Corte Européia ter retrocedido um pouco e passado a permitir, em determinadas atividades econômicas consideradas essenciais (como telecomunicações, energia elétrica e outras) a imposição de obrigações de serviço público, especialmente a universalidade e continuidade”

⁹⁷ *Usuários de serviços públicos*, p. 256.

Revela tal posição que o serviço público é, de fato, instrumento concretizador dos direitos fundamentais mais básicos do ser humano, a proporcionar vida digna, proclamada pela ordem constitucional como um dos elementos fundantes do Estado Democrático de Direito.

4. O SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

O direito à saúde está, indubitavelmente, situado no marco dos direitos sociais, também denominados de direitos fundamentais da segunda geração, que são congêntos ao Estado de Bem-Estar Social, cuja ideação, emergente na primeira metade do século passado, teve como nota característica a negativa das premissas do individualismo liberal.⁹⁸

Com efeito, com a decadência do liberalismo, passou o Estado a ser chamado para gerir a crise social, de forma a intervir na sociedade para a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio basicamente dos serviços públicos.

De acordo com Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub:

Os direitos fundamentais de segunda geração abarcam os chamados direitos sócio-econômicos, enquadrando-se especificamente a seguridade social. Surgiram diante do impacto da Revolução Industrial e dos problemas sociais oriundos desta época. Somente a consagração de liberdade e igualdade perante o Estado não gerava efetivamente a sua fruição. Por isto, principalmente após a 1ª Guerra Mundial, as Cartas Constitucionais passaram a conferir tais direitos. Não bastava mais a garantia da vida da liberdade e da propriedade, sendo necessária uma postura mais abrangente do Estado na assunção de riscos sociais em nome dos indivíduos. Observou-se uma liberdade por intermédio do próprio Estado, manifestando-se no sentido protetivo do homem enquanto ser que vive em coletividade, visando dar guarida aos chamados direitos humanos sociais.⁹⁹

Assim, também na área da saúde, incluindo-se a vigilância sanitária, à época do liberalismo, a atuação do Estado era mínima, com limitação à preservação individual, com ampliação somente posterior, tal como aponta Sueli Gandolfi Dallari :

Em suma, as atividades do Estado relacionadas à vigilância sanitária, durante a implantação do liberalismo, eram em tudo coincidentes com os interesses da burguesia vitoriosa: valorizando sobremaneira o individualismo dominante, limitá-lo apenas naquilo estritamente necessário à preservação da segurança individual, com o mais absoluto respeito à lei – condição do Estado de Direito.

Entretanto, é apenas a partir da segunda metade do século dezenove que a higiene se torna um saber social, que envolve toda a sociedade e faz da saúde

⁹⁸ Importa ressaltar que as gerações sucessivas dos direitos fundamentais se agregam e não são substituídas umas pelas outras. In: Marlon Alberto Weichert. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.114.

⁹⁹ Direito à saúde intrínseco ao campo da seguridade social. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo. v.6. n.1/3, p.62-72, 2005, p.63.

pública uma prioridade política. São desse momento as primeiras tentativas de ligar a saúde à economia, reforçando a utilidade do investimento em saúde. Por outro lado, inúmeros trabalhos de pesquisa conformes ao paradigma científico vigente revelam claramente a relação direta existente entre saúde e as condições de vida. Assim, proteger a saúde das camadas mais pobres, modificar-lhes os hábitos de higiene, passa a ser um objetivo nacional, pois simultaneamente se estaria lutando contra a miséria que ameaça a ordem pública. A idéia de prevenção encontra, então, ambiente propício à sua propagação.¹⁰⁰

Realmente, é a partir do século XX que a saúde passa a ter uma conotação social de garantia ao cidadão, mais próxima à idéia atual.

O mundo pós-guerra, engajado em movimento para proteção de direitos essenciais ao ser humano, consagra, entre eles, o direito à saúde, através do reconhecimento, inclusive, em vários tratados internacionais.

Verifica-se, assim, o surgimento da Organização das Nações Unidas- ONU, em 1945, como também a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Organização dos Estados Americanos (OEA), datadas de 1948.

A saúde, especificamente, passou a ser tutelada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), agência especializada da ONU, criada em 1946, cujo preâmbulo, aliás, trouxe um conceito de saúde, que, mesmo hodiernamente, orienta parte significativa da doutrina, *in verbis*:

Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença e outros agravos.

Desta feita, a idéia inicial de saúde como simples ausência de doenças foi superada, tendo ganhado novos horizontes, tudo a garantir progressivamente melhor qualidade e dignidade à vida humana.¹⁰¹

Também vale ser lembrado o Pacto dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, de 1966, que determina que os Estados-Partes devem “reconhecer o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”.¹⁰²

¹⁰⁰ *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde - Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, 2003. v. 1, p. 42

¹⁰¹ Sueli Gandolfi Dallari. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 18.

Importante salientar, nessa direção, que o Brasil assinou a Declaração dos Direitos Humanos (1948), como também figura como integrante da OEA desde 1968, muito embora a ratificação do Pacto dos Direitos Sociais só tenha vindo a ocorrer em 1.992.

É bem verdade, contudo, que, em nosso país, houve demora na agregação cabal ao texto constitucional dos direitos sociais, mas, apesar de um processo tardio, é indubitável que houve generosa consagração dos mesmos na Constituição Federal de 1988, a qual, a propósito, trouxe grande avanço e progresso em tal seara, especialmente no tocante ao direito da saúde, finalmente configurado como direito social e fundamental, de forma expressa, através do artigo 6º da Carta Magna.

Nesse sentido, é importante destacar a prescrição contida no art. 196 de nossa Constituição, assim redigido:

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

Embora não de forma expressa, parece clara que a tônica de tal disposição constitucional, acompanhando a definição constante do preâmbulo do pacto que criou a OMS – Organização Mundial de Saúde, foi a de adotar um conceito amplo de saúde, enfocada como o estado de bem-estar físico, mental e social, atribuindo-lhe, ademais, o caráter de direito subjetivo público, dotado, inclusive, de exigibilidade judicial.

Assim, o dever infligido ao Estado envolve a promoção, a proteção e a recuperação do estado de saúde, com a observação de que o aspecto preventivo deva ser priorizado.

É o que se denomina de níveis de atenção à saúde, adequadamente delineados pela Norma Operacional Básica do Sistema de Saúde - NOB/SUS 01/96, quais sejam:

a) o da assistência, em que as atividades são dirigidas às pessoas, individual ou coletivamente, e que é prestada no âmbito ambulatorial e hospitalar, bem como em outros espaços, especialmente no domiciliar;

¹⁰² *Pacto dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos* (1966) art.12, I. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2009; Geisa de Assis Rodrigues. Direito sanitário. In: Vidal Serrano Nunes Júnior (coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2.009. p. 297.

b) o das intervenções ambientais, no seu sentido mais amplo, incluindo as relações e as condições sanitárias nos ambientes de vida e de trabalho, o controle de vetores e hospedeiros e a operação de sistemas de saneamento ambiental (mediante o pacto de interesses, as normalizações, as fiscalizações e outros); e,

c) o das políticas externas ao setor saúde, que interferem nos determinantes sociais do processo saúde-doença das coletividades, de que são partes importantes questões relativas às políticas macroeconômicas, ao emprego, à habitação, à educação, ao lazer e à disponibilidade e qualidade dos alimentos.¹⁰³

Desta forma, constata-se que vários aspectos passam a interagir e a integrar o conceito de direito à saúde, comportando ampliativamente elementos como a alimentação, o saneamento básico, trabalho, meio de transporte, educação, lazer, entre outros.

Cite-se, a respeito, Geisa de Assis Rodrigues :

O artigo 3º da Lei Orgânica da Saúde afirma que a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; uma vez que os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país.

Tal concepção normativa ampla também é chancelada na esfera internacional quando se trata do direito à saúde. Assim, podem se enquadrar no direito à saúde as medidas profiláticas em geral, que vão desde o saneamento básico (hoje expressamente amparado na Lei 11445/2007), o direito ao meio ambiente natural e artificial ecologicamente equilibrado, os programas de imunização, de vigilância epidemiológica, de vigilância sanitária, os de educação e de conscientização sanitária até as ações e serviços de saúde como os programas de saúde, as terapias de baixa, média e alta complexidade, inclusive tratamento ambulatorial e cirúrgico, acesso aos remédios, transplantes de órgãos, internações, serviços hemoterápicos e todo tipo de procedimento médico para as doenças agudas e crônicas, de ordem física ou mental, incluindo a saúde reprodutiva (Lei 9263/96).¹⁰⁴

Fica claro, igualmente, a dupla perspectiva do direito à saúde, apresentando, assim, desígnios de natureza individual, como também propala a existência de interesses de índole coletiva, tal como adverte Marlon Alberto Weichert:

Os ordenamentos jurídicos constitucionais da atualidade, ao consagrarem a existência de um direito social à saúde, acolheram essa dupla perspectiva. Dessa forma, assim como ocorre com os direitos fundamentais em geral, que

¹⁰³ Norma Operacional Básica do Sistema de Saúde - NOB – SUS 1996 – D.O.U. 6/11/1996, Brasília: Janeiro de 1997, p.7.

¹⁰⁴ Direito Sanitário, p.315.

podem ser observados sob várias dimensões complementares, também o direito à saúde compreende a perspectiva individual de busca de ausência de moléstias e a coletiva de promoção da saúde em comunidade.

Nessa linha, o direito à saúde implica em ações negativas e positivas do Estado e da sociedade tendentes a garantir o combate a doenças, bem como ações positivas e negativas no ambiente circundante para a prevenção da ocorrência das moléstias.¹⁰⁵

No Brasil, com o advento da nova constituição, além da adoção de um conceito bastante amplo de saúde, houve a institucionalização do Sistema Único de Saúde - SUS, sob os desígnios dos princípios da igualdade e universalidade.

4.1.OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO

A universalidade, ao lado da equidade, passa a figurar como um dos pontos de destaque do Sistema Único de Saúde. Com efeito, anteriormente ao advento da Constituição de 1988, o direito à saúde era consagrado basicamente como prestação oriunda do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia criada em 1974, sob o regime militar, que resultou da fusão entre o INPS E IAPAS, mas somente para os contribuintes da previdência social.

O INAMPS, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, integrava o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), criado pela Lei 6439/77 e atuava na área da saúde diretamente.

Assim, somente os trabalhadores regulares, ou contribuintes autônomos, tinham acesso à saúde da Previdência Social.

As demais pessoas ou arcavam com as despesas para um atendimento médico digno, o que se resignava à população de maior poder aquisitivo, ou ficava à mercê de instituições filantrópicas, que exerciam a assistência pública à saúde como forma de manifestação de solidariedade. Deste modo, já penitenciadas pela exclusão do mercado de trabalho, também se

¹⁰⁵ *Saúde e federação na Constituição brasileira*, p. 122.

viam à mercê de atividades caritativas para a preservação ou recuperação de seu estado de saúde.

Esse cenário melancólico acabou por determinar o surgimento de diversos movimentos da sociedade civil em busca do reconhecimento de direitos sociais, dentre outros, o da saúde. Dois pontos se destacavam das inúmeras preocupações então existentes no setor: a promoção da universalidade e maior possibilidade de fiscalização da gestão pública.

Em 1986 foi realizada a VIII Conferência Nacional de Saúde, que acabou dando oportunidade para o surgimento do que podemos denominar de embrião do Sistema Único de Saúde (SUS), vale dizer, o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), incrementado por meio de convênios entre o INAMPS e os Estados.

Toda essa ebulição antecedeu a Assembléia Nacional Constituinte de 1988, servindo, ao mesmo tempo, para orientar os trabalhos desta nessa matéria, abrindo caminho para a criação do Sistema Único de Saúde, com sua atual formatação constitucional.

Importante registrar, todavia, que o INAMPS só veio a ser extinto em 27 de julho de 1993, através da Lei 8.689, cujo conteúdo dispunha que “as funções, competências, atividades e atribuições do INAMPS serão absorvidas pelas instâncias federal, estadual e municipal, gestoras do SUS, de acordo com as Leis 8.080/90 e 8.142/90”.

A nova ordem constitucional só logrou integral aperfeiçoamento, sobretudo no que pertine à estruturação jurídica do SUS, com os adventos da Lei Orgânica da Saúde - Lei 8.080/80.

Igualmente, pode ser destacada a Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, como também as Normas Operacionais Básicas.¹⁰⁶

Assim, foram criados os instrumentos legislativos adequados para a efetivação do Sistema Único de Saúde, dando curso às diretrizes constitucionais que primaram por definir a

¹⁰⁶ As Normas Operacionais Básicas regem as relações internas entre os entes políticos federados – União, Estados, Distrito e Município.

assistência à saúde como de responsabilidade solidária de todos os entes federativos e consagrar o princípio do acesso universal e igualitário.

Deve-se delimitar, no entanto, que a saúde foi organizada na Seção II, do Capítulo II, do Título VIII, da Constituição Federal, donde se pode extrair que a saúde foi concebida como parte do sistema de seguridade social, que, por sua vez, integra a Ordem Social de nossa Lei Maior.

O SUS, assim, foi dimensionado conjuntamente com as esferas da previdência social e da assistência social (artigo 194), compondo um conjunto integrado destinado a assegurar dignidade material a todas as pessoas.

Não obstante compartilhando um mesmo sistema – o de seguridade social – tais esferas foram organizadas de maneira própria, uma vez que dotadas de peculiaridades que impediram uma normatização constitucional comum.

A previdência social, regulamentada pelos artigos 201 e 202 da Constituição Federal, foi concebida sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, devendo atender a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada, proteção à maternidade, especialmente à gestante, proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa-renda, pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

A assistência social deve ser prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo por objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes, a promoção da integração ao mercado de trabalho, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (artigos 203 e 204 da CF).

A saúde, por sua vez, conforme artigos 196 e seguintes da Constituição Federal, consubstancia-se em “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais

e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A nota de relevância da saúde é que a mesma passa a integrar o sistema de seguridade social, mas com características e princípios próprios, com nítido caráter universal e igualitário.

Na mesma linha, a Norma Operacional Básica do SUS (NOB-SUS/1996), que tem por finalidade justamente promover e consolidar o pleno exercício do sistema, destaca :

Os ideais históricos de civilidade, no âmbito da saúde, consolidados na Constituição de 1988, concretizam-se, na vivência cotidiana do povo brasileiro, por intermédio de um crescente entendimento e incorporação de seus princípios ideológicos e doutrinários, como também, pelo exercício de seus princípios organizacionais.

Esses ideais foram transformados, na Carta Magna, em direito à saúde, o que significa que cada um e todos os brasileiros devem construir e usufruir de políticas públicas – econômicas e sociais – que reduzam riscos e agravos à saúde. Esse direito significa, igualmente, o acesso universal (para todos) e equânime (com justa igualdade) a serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde (atendimento integral).

O Sistema Único de Saúde, como instrumento concretizador do direito à saúde, logrou alcançar a estruturação completa, solidamente fincada sob os princípios consagrados pela própria Constituição Federal, com destaque ao acesso universal e igualitário.

Tais princípios orientadores é que demonstram, por certo, a grande novidade de um modelo criado em um ambiente estritamente democrático, sendo certo que a universalização do Sistema Único implantado pela nova ordem constitucional visa a beneficiar toda a população brasileira, de forma igualitária.

Há que se verificar que a saúde integra o Sistema de Seguridade Social, mas diferindo dos demais integrantes deste sistema, ou seja, da Previdência Social e da Assistencial Social.

A Previdência Social, apesar de possuir acesso universal, tem em sua base estrutural a exigência da condição de segurado, o que, a seu turno, exige contribuição. Já a assistência social independe de qualquer contribuição, entretanto, possui um raio de atuação mais restrito, uma vez que se volta exclusivamente aos necessitados e carentes.

A saúde, diferentemente, é um sistema universal e igualitário, o que implica acessibilidade a todos, prescindindo-se de qualquer contribuição.

Merece destaque o esclarecimento de Marlon Alberto Weichert :

A universalidade possui a dimensão específica de que os serviços públicos devem se destinados a toda a população indistintamente. O Sistema Único de Saúde não foi formulado apenas para a população carente (como uma política de assistência social) ou para os que contribuem à seguridade social (como uma prestação previdenciária), mas sim para a garantia de saúde a todos que necessitem e desejarem a ele (o sistema público) recorrer. As ações, sejam preventivas ou curativas, devem ser concebidas como de livre acesso e desenvolvidas para toda a população, salvo, obviamente, quando destinadas a um determinado grupo social em função de patologias específicas. A universalidade indica, pois um vetor positivo na atuação do Estado, de promoção ampla do direito à saúde para todos os cidadãos.¹⁰⁷

Verifica-se, então, que o direito à saúde passou a ter um alcance amplo, deixando de ser meramente assistencial. Assim, igual entendimento de Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos:

A luta pelo direito à saúde , como um direito das pessoas pobres, valoriza a saúde apenas como um direito que deve se satisfeito no campo da assistência social, esvaziando-o de seu conteúdo de direito social e individual a ser garantido pelo poder público a qualquer cidadão. O direito à saúde assim considerado (mero assistencialismo) transforma-o em ‘direito dos pobres’, devendo a classe média desejá-lo na forma de ‘mercadoria’, pretendendo sempre ter ou melhorar seu plano ou seguro-saúde. O direito à saúde transformado em bem de consumo dificulta a sua concretização, pois todos aqueles que, de algum modo, devem garantir a saúde pública, entendem que estão praticando ato de assistencialismo, dando ao pobre aquilo que ele não pode comprar.¹⁰⁸

Sendo assim, em que pese estarem integradas a um mesmo sistema, o da seguridade social, a assistência social e a saúde foram organizadas, já no plano constitucional, de forma completamente diversas, submetendo-se cada qual a diretrizes e princípios próprios.

A assistência social tem por base a solidariedade voltada ao amparo aos necessitados. Já o direito à saúde é um direito expansivo em linha prospectiva, de índole individual e coletiva, mas de interesse de toda a sociedade, cabendo ao Estado promover condições não só

¹⁰⁷ *Saúde e federação na Constituição brasileira*, p. 158

¹⁰⁸ *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 3. ed. São Paulo: Unicamp, 2001, p. 45

assecuratórias, como também e especialmente preventivas, com o intuito de garantir a integridade e dignidade humana da população.

Ademais, deve-se frisar que a integração do direito à saúde ao rol dos direitos fundamentais assegura, por sobre a letra expressa do art. 196 da Constituição, o seu caráter universal, pois se trata de característica intrínseca a todo e qualquer direito do gênero.

Nesse sentido, esclarece Vidal Serrano Nunes Júnior:

É inolvidável, portanto, que a idéia de direitos fundamentais carrega em seu conteúdo um forte sentido de proteção dos pressupostos humanitários que historicamente foram se acumulando sob o patrocínio dos assim chamados direitos do homem. Nesse sentido, observando-se a formação hereditária dos direitos fundamentais, constata-se que a universalidade, mais que uma nota característica, é um elemento intrínseco à sua configuração. Não se poderia falar, com propriedade, de direitos humanos de um grupo de pessoas em detrimento de outros, cuja proteção constitucional escapasse discriminatoriamente ao texto constitucional. Constituiria uma autêntica contradição cogitar-se de direitos do homem que não fossem universais.

Destarte, é da gênese dos direitos fundamentais sua destinação indistinta ao ser humano como gênero, é dizer em sua universalidade.¹⁰⁹

Cuidando-se, pois, de um serviço público essencial, que deve ser obrigatoriamente prestado pelo Estado, embora não de forma exclusiva, parece claro que a assistência à saúde deve ser prestada de forma necessariamente gratuita.

Os serviços públicos, de um modo geral, quando não remunerados por tarifa ou preço público, devem ser custeados por outras fontes de arrecadação, sem que haja qualquer contrapartida remuneratória direta.

O direito à educação, como serviço social e público também obrigatório, foi contemplado com a expressa gratuidade pela CF, através do artigo 206, inciso IV, o que não ocorreu com o direito à saúde.

Tal, contudo, não lhe tira a obrigatoriedade de gratuidade, pois essa decorre do sistema constitucional e dos princípios da universalidade, igualdade e integralidade.

O Sistema de Seguridade Social impõe sistemas diferenciados à Previdência Social, à Saúde e à Assistência Social. A Constituição Federal impõe à saúde o acesso universal e

¹⁰⁹ *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997, p.19

igualitário, enquanto à Previdência Social estabelece expressamente que terá caráter contributivo e para a assistência social agrega a extensão aos necessitados, não havendo exigência de contribuição.

Ora, dispõe expressamente a Constituição Federal quando há a exigência de contribuição, como ocorre com a Previdência Social, de forma que, sendo a regra geral, estabelecida no artigo 194 e parágrafo único, a universalidade da cobertura e do atendimento, se não há menção expressa que estabelece a exigência de cobrança de contribuição, não há como exigí-la.

Assim, a dedução lógica e coerente com o sistema preconizado pela Constituição é a gratuidade do serviço à saúde, até mesmo como meio a garantir a equidade, como bem deduz Marlon Alberto Weichert:

Pelo próprio conteúdo da universalidade, que conduz ao dever do Estado de cuidar da saúde de todos os cidadãos indistintamente, o que não acontecia ao tempo do INAMPS/INPS, quando as ações eram consideradas parte da política de previdência social e somente os segurados faziam jus ao atendimento médico. A cobrança implicaria, assim, em novamente se restringir os serviços a determinada parcela da população (aquela que tem condições de contribuir) e, com isso, afastar-se-ia a universalidade. Vale dizer, os conceitos de universalidade e onerosidade são auto-excludentes.¹¹⁰

Outrossim, a atuação estatal de promoção da saúde é “um serviço público genérico e indivisível, incompatível com a cobrança de taxas (artigo 145, inciso II, da Constituição Federal) e, muito menos, de preço público (pois essa espécie de cobrança traz subjacente o conceito de serviço estatal prestado com fins de lucro e com natureza contraprestacional)”.¹¹¹

Finalmente, a gratuidade restou consagrada e assegurada expressamente pelo artigo 40 da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) .

Apesar dos obstáculos na efetivação, estas são diretrizes a serem buscadas pelos entes políticos na operacionalização do sistema, de forma unificada.

Em resumo, podemos afirmar que a universalidade e a igualdade são princípios que se complementam, forjando, pois, a noção de equidade no sistema. Com efeito, a universalidade aponta que os serviços de saúde são acessíveis a todos, independentemente de

¹¹⁰ *Saúde e federação na Constituição brasileira*, p.162.

¹¹¹ *Ibidem*, p.162.

qualquer outra característica que não a de ser humano, enquanto a igualdade pode ser sintetizada pela máxima: a mesma situação clínica deve merecer a mesma atenção em saúde.

Importa destacar que o vocábulo ‘todos’ indica que toda e qualquer pessoa tem o direito de exercer o direito à saúde.

Assim, as palavras de Geisa de Assis Rodrigues:

Qualquer pessoa pode exercer seu direito à saúde no Brasil em face do Estado Brasileiro, e aos demais devedores, sem distinção de qualquer natureza. O nascituro tem direito à saúde, pois é beneficiário de todas as medidas de proteção materna e do acompanhamento das rotinas e exames que integram o pré-natal, bem como tem direito a ter sua saúde mantida logo após o parto, como já admitiu o STJ em ação civil pública proposta para garantir a reparação de danos a nascituros que faleceram por deficiência de assepsia material e/ou humana em hospital (REsp 637332, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, Julgamento 13.12.04)”. Realça, ainda, a autora o direito à saúde dos estrangeiros residentes, como também dos presos, seja em virtude de prisão cautelar ou definitiva.¹¹²

Note-se, ademais, que a conjugação dos princípios da universalidade e da igualdade acaba dando lugar à equidade, como uma espécie de resultado operacional necessário.

Com efeito, assegurando o acesso a todos, mas de forma igualitária, haverá uma espontânea procura de serviços particulares por parte daqueles que possuem recursos financeiros, deixando o sistema público para utilização prioritária aos que dele necessitam.

Há, ademais, alguns vetores sociais, os quais, dada a vulnerabilidade que possuem, merecem proteção especial, justamente a lhes conferir igualdade plena, com destaque à população infanto-juvenil e aos idosos.

Destarte, o Estatuto criado com a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, tem por escopo básico conferir às crianças e adolescentes tratamento diferenciado, com integral proteção. A criança e o adolescente passam a configurar sujeitos de direito, devendo ser assegurados aos mesmos todos os direitos.¹¹³

¹¹² Direito Sanitário, p. 308.

¹¹³ “Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”

Figuram entre os direitos fundamentais a serem conferidos às crianças e adolescentes, o direito à saúde, como dever da família, da sociedade, como também do Poder Público, o qual deverá ser verificado, com total prioridade.¹¹⁴

Inclusive, de acordo com a redação dada pela Lei 11.185, de 2005, ficou prescrito no artigo 11 que o atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do SUS, deverá ser garantido, com respeito ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para promoção e recuperação da saúde.

Desta forma, é imune de dúvida o direito à saúde consagrado à criança e ao adolescente, devendo ser o mesmo observado integral e prioritariamente, especialmente pelo SUS, desde a concepção, até a completa maioridade, inclusive em situações específicas, tal como o da criança ou adolescente gestante, conforme determina o artigo 8º do Estatuto.¹¹⁵

Importa ressaltar, ainda, em tal linha de pensamento, o atendimento igualmente prioritário e integral que deve ser observado em relação aos idosos, quais sejam, a todos que possuírem idade igual ou superior a 60(sessenta) anos.

Determina o Estatuto dos Idosos, através da Lei 10.741, de 01/10/2003, que o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade e ao respeito devem ser observados pela família e a sociedade como um todo, mas que é obrigação do Estado garantir prioritariamente à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, por meio de políticas sociais públicas, que permitam um envelhecimento saudável e com dignidade.¹¹⁶

4.2. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E DIRETRIZES. A DESCENTRALIZAÇÃO

¹¹⁴ “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

“Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

¹¹⁵ “Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.”

¹¹⁶ “ Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”

A Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 198 que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, organizado segundo três diretrizes:

- descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- assistência integral;
- participação da comunidade.

Todas as esferas da federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, participam, de forma coordenada, do sistema de saúde implantado, com direção única, através de rede descentralizada, regionalizada e hierarquizada.

A regionalização indica a necessidade da criação de regiões de saúde, no âmbito das quais deve haver hierarquização do atendimento. Deste modo, o sistema público deve criar uma rede de referências e contra-referências em matéria de saúde.

Além disso, o sistema passou, com a Constituição de 1988, a ser unificado, e não mais difundido por vários órgãos e ministérios, mas com direção única, gerida, em nível Federal, pelo Ministério da Saúde, a quem compete a direção da política nacional, e nos Estados e Municípios pelas respectivas Secretarias de Saúde.

Desta forma, todas as ações e recursos públicos na área de saúde, por uma designação direta da Constituição, integram o Sistema Único de Saúde, devendo, pois, formar uma rede regionalizada e hierarquizada, com participação necessária de todos os entes da federação.

O SUS, assim, foi introduzido no âmbito federal, distrital, estadual e municipal, de forma sistêmica e coordenada, rompendo, em parte, com as premissas da forma federal de Estado, vez que sua nota de maior relevo é a cooperação entre os entes.

Assim, enfatizam Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos:

Com o advento da Constituição de 1988, que consagrou a descentralização política das ações e dos serviços de saúde (fixando a repartição de competências entre as entidades estatais), a execução desses serviços e ações, antes feita por força de convênio, passou a constituir dever de cada

esfera de governo, possuindo tais esferas, portanto, os poderes e instrumentos correspondentes derivados do texto constitucional e infraconstitucional.

A descentralização coloca o responsável pela ação perto do fato. Aquilo que o município pode fazer, o estado ou a União não deve fazer. O mesmo princípio é válido para o estado em relação à União.¹¹⁷

A diretriz de descentralização, constante do art. 198, I, da Constituição Federal, foi regulamentada pela Lei 8080/90 e esta, por sua vez, pela Norma Operacional Básica do Sistema único de Saúde – NOB – SUS 1996.

Nesse sentido, as normas apontadas identificam a descentralização como um processo dinâmico, em que União e Estados, paulatinamente, devem transferir a gestão de suas ações e recursos na área de saúde para os Municípios.

Trata-se de um processo dinâmico porque os Municípios devem se revelar capacitados ao exercício da gestão de tais ações e recursos em matéria de saúde. Assim, a referida Norma Operacional Básica define requisitos que devam ser satisfeitos para que o Município, em um primeiro momento, assuma a chamada gestão dos serviços básicos. Implementada a gestão básica, novos requisitos devem ser cumpridos para que o Município, enfim, assuma a gestão plena.

É importante salientar, contudo, que se trata de um processo, dinâmico por natureza, que, deste modo, comporta avanços, mas também retrocessos.

Assim, se em um determinado Município o gestor local não se desincumbe adequadamente de suas obrigações, compete ao gestor estadual a reassunção da gestão.

É exatamente por isso que o sistema é denominado de único. As três esferas da federação têm obrigações recíprocas e permanentes com relação à saúde, de tal forma que se uma delas não cumpre adequadamente suas obrigações, a outra deve fazê-lo.

O fato de existir uma diretriz de descentralização não significa que, uma vez aperfeiçoada esta, os demais entes possam se afastar de suas obrigações constitucionais. Antes, o Texto Maior foi enfático ao proclamar a existência de um sistema único, que envolve responsabilidade permanente e solidária de todos os entes da federação.

¹¹⁷ *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*, p. 85.

A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da qual tiramos, a título de exemplo, a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - Direito líquido e certo - Descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA - Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.¹¹⁸

O que se pode claramente perceber é que a determinação constitucional aponta a necessidade de uma descentralização da execução, mas não da responsabilidade para com a assistência à saúde.

Parece-nos inegável, deste modo, que a diretriz de descentralização ora examinada indique a necessidade de processo dinâmico gerido pelo gestor nacional do SUS, com o objetivo de atribuir aos Municípios a gestão da execução dos recursos e ações em matéria de assistência à saúde.

Nesse sentido, escreve Marlon Alberto Weichert :

Não se trata, porém, de uma descentralização automática e irresponsável, mas sim de gradativa capacitação dos entes locais para assumirem a função de diretores plenos dos serviços de saúde da localidade, especialmente aqueles anteriormente mantidos pelos Estados e pela União. Não podem a União e os Estados, sem prestarem o devido apoio financeiro e técnico (novamente o artigo 30, inciso VII), repassar a qualquer custo a administração de serviços aos Municípios. Exige-se deles que primeiro capacitem os gestores locais. Depois, que, em paralelo à transferência dos serviços, mantenham constante avaliação e controle do seu desenvolvimento, não só para prestar cooperação, como também para coibir eventuais práticas ilegais. E, em último caso, havendo graves irregularidades, podem os Estados ou a União até mesmo reverter temporariamente a descentralização, na linha do disposto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 8.142/90.¹¹⁹

Todos os entes federados são, desta forma, gestores do sistema de saúde, cujas diretrizes são nacionais, sendo certo que a atuação se dará de forma descentralizada. Assim, ao cabo de um processo paulatino e dinâmico, o Município deve assumir a gestão plena das

¹¹⁸ STF - RE 195192 , 2ª T. Rel. Min. Marco Aurélio , DJU 31.03.2000, p. 60

¹¹⁹ *Saúde e federação da Constituição brasileira*, p.167.

ações e recursos em matéria de saúde, sem prejuízo da necessidade de financiamento e organização nacional do sistema pela União e da agregação, sobretudo na alta complexidade, de ações estaduais.

Não há hierarquia entre os entes federados, mas distribuição de competências e, dentro dos limites desta, os Estados e Municípios devem desenvolver as respectivas políticas e gestões próprias de saúde, porém de forma concatenada e com responsabilidade comum e solidária perante a população.

A atuação das esferas federadas deve ser coordenada, cabendo à União, como já afirmado, a direção nacional do sistema único de saúde, aos Estados a direção no âmbito regional de cada Estado e, finalmente, aos Municípios a gestão das ações e recursos em matéria de saúde.

A viabilização da atuação coordenada e harmônica entre os entes federados se efetiva por meio dos denominados fóruns de negociação - Conselho Municipal (CMS), da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) – nível estadual, Comissão Intergestores Tripartite (CIT)- nível federal e Conselhos de Saúde.¹²⁰

4.3. REGIONALIZAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO: O SISTEMA DE REFERÊNCIAS E CONTRA-REFERÊNCIAS

As ações e serviços públicos de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, o que, em outras palavras, indica a necessidade de criação de um sistema regionalizado de referências e contra-referências em matéria de atenção à saúde.

Como forma de otimizar os recursos públicos, deve-se promover uma hierarquização do atendimento, pois, em regra, as demandas de pequena complexidade são numericamente maiores, porém, de um custo muito menor. Contrariamente, o atendimento de alta complexidade, se numericamente não é tão grande, do ponto de vista do custo, é exponencialmente maior.

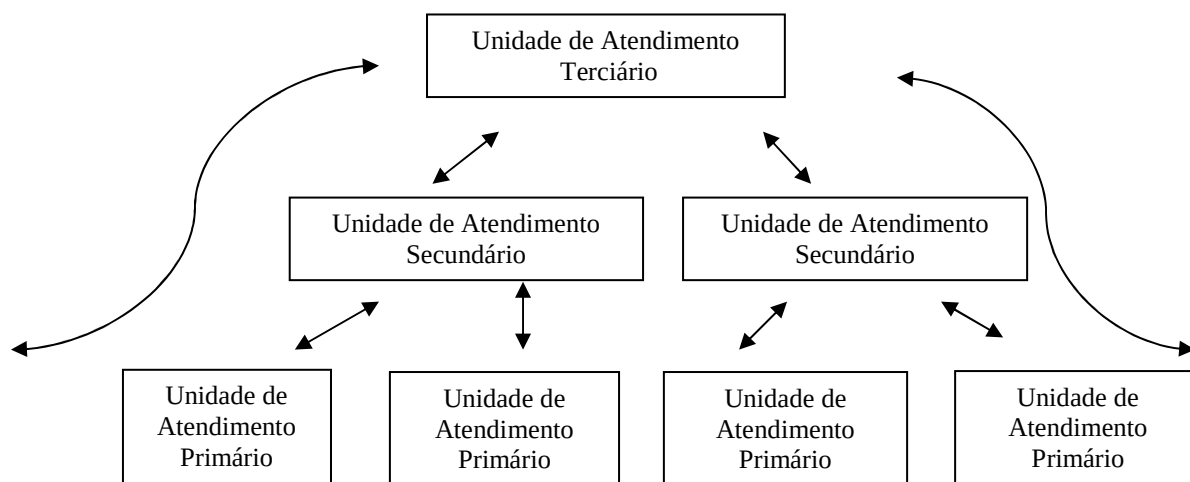
¹²⁰ NOB SUS 1996 – Item 6, p. 9.

O que se pretende, assim, é a economia de recursos públicos, reservando os centros de alta complexidade para atendimentos da mesma natureza.

Seguindo essa direção, a hierarquização indica a divisão do atendimento em distintos níveis de complexidade, assim categorizados: atendimento primário: baixa complexidade; atendimento secundário: complexidade intermediária e atendimento terciário: alta complexidade.

Utiliza-se a expressão *hierarquização* porque a idéia que orienta essa forma de organização é a de que as unidades de assistência primária constituam uma espécie de porta de entrada do sistema, a partir da qual haveria o eventual referenciamento do paciente a unidades de maior complexidade, conforme as peculiaridades da situação.

Vejamos, graficamente, como, em tese, esse sistema de referências e contra-referências deve se estabelecer:



O ideário constitucional é o de consolidar os postos de atendimento primário (Programas de Saúde de Família, Postos de Saúde, Unidades Básicas de Saúde etc.) como as portas de entrada no sistema, nas quais, constatando-se a necessidade de soluções de maior complexidade, haveria a referência às unidades de atendimento de maior complexidade, fazendo-se com que nestas haja economia de recursos, uma vez que o atendimento nelas dispensados é de um custo unitário inúmeras vezes maior.

Exemplificando: se uma pessoa tem dor de cabeça e febre deve se dirigir a um posto de saúde. Verificando-se que se trata de meningite, será referenciada a uma unidade de atendimento terciário, para internação. Superada a necessidade de internação, haverá a contra-referência ao posto de saúde original para que prossiga com o acompanhamento ambulatorial.

Assim, o sistema é organizado, de forma regionalizada e hierarquizada, em níveis de complexidade crescentes (art. 8º da Lei.8080/90).

O sistema da saúde atende, então, ao sistema de referências e contra-referências, possibilitando ao usuário o atendimento em níveis diferentes de complexidade.

De acordo com a Resolução CIPLAN 03/81, tal sistema deve se organizar com unidades de níveis de atendimento primário, secundário e terciário, conforme a complexidade, com articulação entre elas, de tal forma que se identifica a referência com a transição do nível menor para o de maior complexidade e contra-referência o movimento contrário, do nível de maior complexidade para o de menor complexidade.

Este sistema é essencial para a implantação eficaz do SUS, de modo a viabilizar maior acessibilidade e eficácia na gestão pública, como também para melhor aproveitamento dos recursos públicos.

Para que se obtenha resultados positivos, deve existir uma real integração entre as todas as unidades, de tal forma que um usuário do nível primário (atendimento de urgência) possa ser encaminhado com eficácia a um nível de maior complexidade (internação em um hospital) .

A rede de informação ao usuário, inclusive, é de vital importância, para que o mesmo possua conhecimento do local para o qual deva se dirigir para um determinado tratamento, seja de urgência ou rotina, para marcar uma consulta médica, exames, entre outros.

A Lei Orgânica da Saúde, em seu artigo 7º, incisos VI, XII, e XII, dispõe sobre o direito à divulgação de informação quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelos usuários, da capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência, bem como a organização dos serviços públicos de modo a evitar a duplicidade de meios para fins idênticos.

A coordenação entre os entes políticos deve ser de tal forma que a gestão do sistema se revele eficaz e satisfatória, vedada a duplicação de serviços, justamente por tal ato revelar desperdício de recursos públicos, com pouca ou nenhuma operacionalidade.

Não pode o sistema detectar, assim, a existência de determinados serviços em duplicidade, enquanto se verifica a falta de outra ação ou serviço essencial, provocando a existência de uma rede desorganizada, pouco eficiente, que pode levar muitas vezes à descontinuidade no atendimento médico ao usuário, com prejuízo à própria integridade física deste, o que seria inconcebível.

O SUS, apesar de revelar efetivo progresso na área da saúde no Brasil, ainda não se mostra adequado e eficaz, sendo necessário um contínuo movimento de solidificação e desenvolvimento do sistema, a buscar a efetiva integralidade e universalidade, no que diz respeito ao direito à saúde, direito de todos e dever do Estado, através da gerência a contento das políticas públicas, sociais e econômicas.

Clara nos dias atuais é a tendência de diminuição de atendimento nos centros de maior complexidade, com ampliação da atenção básica (nível primário de atendimento) à comunidade e usuários, com atuação prioritariamente preventiva, com integração das ações de saúde, meio-ambiente e saneamento básico.

A atuação preventiva, que deve ser priorizada (artigo 198, II, CF), juntamente com a ampliação adequada e satisfatória de atendimento nas unidades básicas, gerará, com o decorrer do tempo, menor risco de doenças e possibilitará uma vida mais saudável e equilibrada, o que significará que o Estado terá uma gestão mais eficaz e com menor dispêndio de recursos.

Em tal diapasão, também Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub :

O atendimento integral é fruto da universalidade objetiva, sendo que a prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, é oriunda da razoabilidade. Como diria São Jerônimo, *sancta simplicitas*: é melhor prevenir eu remediar. E remediar faz mais sentido quando se trata de saúde. Previnam-se as doenças, mantendo-se o

atendimento para os já enfermos. Tal prevenção envolve um conceito amplo de saúde, associado com o equilíbrio físico, o psicológico e o social.¹²¹

4.4. A ASSISTÊNCIA INTEGRAL

A assistência integral, ao lado da descentralização e participação da comunidade, compõe o quadro de diretrizes constitucionais do Sistema Único de Saúde.

A integralidade é uma decorrência lógica da agregação do direito à saúde à categoria dos direitos fundamentais. Não faria sentido, a toda evidência, pensar-se em uma proteção parcial da saúde humana, deixando-a ao desamparo à luz de outros interesses, mesmo os atinentes às questões orçamentárias.

Tal como afirma Sueli Gandolfi Dallari, “tornar efetiva a garantia do direito à saúde, implica, portanto, compreender em toda a sua extensão o conceito de saúde”.¹²²

A própria Lei 8.080/90, em seu artigo 7º, inciso II, dispõe que a integralidade deva ser entendida como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema.

Assim, o cidadão e usuário do serviço público de saúde terá o direito de usufruir de um sistema integral, independentemente do custo ou nível de complexidade que o tratamento que necessitar exija.

Cumprir lembrar também que “a integralidade de atendimento compreende a obrigação do Poder Público fornecer medicamentos e correlatos, mesmo a pacientes não internados, na linha do vetor da prevenção estipulada no inciso II do artigo 198”.¹²³

¹²¹ Direito à saúde intrínseco ao campo da seguridade social. In: Revista de Direito Sanitário – Vol.6–N. 1/2/3, p. 71

¹²² A participação popular e o direito à saúde no sistema nacional de saúde brasileiro. In: *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo. v. .6. n.1/3. p.9-24. 2005. p. 16.

Na verdade, ao incorporar a previsão de assistência integral à Constituição (art. 198, II), a Constituição remete o intérprete a uma questão prévia, qual seja, o conceito de saúde.

Nesse sentido, parece granjear consenso que, ao se cogitar do direito à saúde, está se abordando saúde como o completo bem-estar físico, mental e social.

Deste modo, assistência integral implica necessariamente o manejo de todos os recursos para a preservação ou restauração de tal estado de saúde. O que se quer dizer, deste modo, é que a integralidade tanto envolve atividades preventivas (vacinação, vigilância epidemiológica etc.), como também atividades curativas e mesmo integrativas do indivíduo à sociedade, quando tal se fizer necessário.

O dever do Estado para com a saúde, em suma, é integral, englobando itens como vacinas, internações, exames de apoio ao diagnóstico, medicamentos e mesmo próteses, inclusive externas.

Assim, qualquer pessoa que apresentar deficiência em sua saúde, ou melhor dizendo, doença ou moléstia, deve o Estado prestar o atendimento respectivo necessário, de acordo com as possibilidades existentes, do ponto de vista científico.

A idéia é que toda e qualquer pessoa tem o direito de usufruir de saúde física e mental e, de acordo com o artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil se tornou signatário, “toda pessoa deve desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”, com a “criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade”, sempre lembrando, de acordo com o Pacto, o ensinamento de Marco Túlio Reis Magalhães:

O direito à saúde não será implementado de forma idêntica nos diversos países, mas conforme determinadas variáveis, embora se mantenha o compromisso estatal de implementá-lo da maneira mais elevada possível. Em suma, a implementação de tal direito depende de fatores sócio-econômicos de cada Estado-Parte.¹²⁴

¹²³ Marlon Albeto Weichert. Saúde e Federação na Constituição Brasileira, p.171. (Entende o autor que são os medicamentos devidamente registrados nos órgãos nacionais de vigilância sanitária os que devem ser fornecidos pelo Poder Público)

¹²⁴ “A Justiciabilidade do direito à saúde, previsto no pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, a partir de sua dimensão de proteção ambiental”. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n.2, jul./out. 2008., 132/150

O atendimento deverá ser adequado, não importando o grau de complexidade da doença apresentada ou o custo do tratamento, ainda que envolva internações, transplantes e drogas não incluídas na lista de remédios elaborada pelo SUS.

Em tal diapasão, aponta Ana Paula de Barcellos:

Os compromissos firmados pelo Brasil pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças e o Pacto de San José da Costa Rica obrigam os Estados signatários a investirem o máximo dos recursos disponíveis na promoção dos direitos previstos em seus textos.¹²⁵

Assim, o direito à saúde, como um direito de índole eminentemente progressiva, deve sempre ser realizado no seu máximo possível, visando, intensificar o leque de eficácia no decorrer do tempo, através de políticas públicas a serem implementadas e desenvolvidas pelo Estado.

Também deve ser observada a atuação preventiva, precipuamente, que visa a redução de moléstias, como também ações de vigilância sanitária, saneamento básico, desenvolvimento científico e tecnológico, proteção do meio ambiente, entre outros (artigos 198, II, e 200, CF).

4.5. A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE (Lei 8134/90)

A participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde é de grande valia para que o funcionamento regular do mesmo se concretize.

A Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, regulamenta a participação dos usuários na gestão do SUS, possibilitando forma de controle social, inclusive no que diz respeito aos gastos públicos, através de Conferências e Conselhos de Saúde.

¹²⁵ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2.003. p. 244.

A Conferência de Saúde não é órgão permanente e se reúne a cada 04(quatro) anos, mediante a representação de vários segmentos da sociedade. Pode avaliar a situação da saúde e propor diretrizes para a política da saúde.

Os Conselhos de Saúde, por sua vez, são permanentes e possuem caráter deliberativo. É órgão colegiado, formado por representantes do Governo, prestadores de serviço, profissionais da saúde e usuários, que atua na formulação de estratégias e especialmente no controle da execução da política de saúde. As decisões são homologadas pelo Chefe do poder legalmente constituído em cada esfera governamental.

Há um Conselho Nacional de Saúde, como também Conselhos Estaduais e Municipais.

Importante vetor de fiscalização, os conselhos têm em sua composição usuários diretos dos serviços de saúde, indicados por associação de moradores, sindicatos, entre outros, o que possibilita, inclusive, o controle da aplicação dos recursos e gastos públicos.

5.DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO

5.1.O ORÇAMENTO PÚBLICO E OS LIMITES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Brasil é um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, sendo certo que o poder emana do povo, exercido por meio de representantes legais ou diretamente (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal).

Resta claro, desta forma, que o Brasil é uma sociedade democrática.

Efetivamente, sem desconsiderar as diversas concepções a respeito do tema, pode-se afirmar que a democracia, seguindo, em tal diapasão, Fernando Luiz Abrucio e Maria Rita Loureiro, “pode ser sinteticamente entendida pela busca de três ideais, tomados como princípios orientadores. Primeiro: o governo deve emanar da vontade popular, que se torna a principal fonte da soberania. Segundo: os governantes devem prestar contas ao povo, responsabilizando-se perante ele pelos atos ou omissões cometidos no exercício do poder. E terceiro: o Estado deve ser regido por regras que delimitem seu campo de atuação em prol da defesa de direitos básicos dos cidadãos, tanto individuais quanto coletivos”.¹²⁶

Assim, o Estado Democrático deve sempre direcionar suas atividades à realização do bem comum e não pode servir de instrumento à realização de interesses próprios de governantes em contraposição aos interesse da própria sociedade.

Decorrência lógica é a responsabilidade no trato da coisa pública, de forma que o Estado possa cumprir adequadamente as suas finalidades, delineadas pelo próprio texto constitucional, o que envolve a correta e eficiente gestão do orçamento público, com o devido planejamento, compatibilizando receitas e despesas.

Parece básico tal enfoque, mas nem sempre o orçamento público esteve ligado à idéia de um correto e eficaz planejamento, com a devida equação das receitas e gastos públicos.

¹²⁶ Finanças Públicas, Democracia e Accountability In: Ciro Biderman; Paulo Arvate (orgs). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 81

Com efeito, na Antiguidade, não havia nem mesmo distinção entre o orçamento do rei e do Estado, sendo certo que, a partir do Estado Liberal, começa a nascer a idéia de orçamento, ligado ao controle dos gastos públicos.¹²⁷

No Brasil, surge o termo já com a primeira Constituição, de 1824, e nas demais subsequentes, mas sempre ligada à idéia de simples peça contábil, sem qualquer intenção de estabelecer diretrizes políticas ou programa de atuação do Estado.

Retrata tal idéia o orçamento clássico, assim denominado por José Afonso da Silva, “cuja origem se identifica com a das instituições democráticas representativas”, o qual “era uma peça de previsão das receitas e autorização das despesas públicas, classificadas estas por objeto, sem se cogitar das necessidades reais da administração e da população, nem dos objetivos econômico-sociais a atingir com sua execução”.¹²⁸

A idéia de orçamento programa surge somente após a segunda guerra mundial, até mesmo como instrumento para solucionar a economia dos Países envolvidos.¹²⁹

No Brasil, o Orçamento Programa veio a ser institucionalizado concretamente com a Lei 4.320, de 17 de março de 1964, com conteúdo mais próximo da idéia moderna de orçamento, como realça Francisco Humberto Vignoli:

Um documento em que são discriminados os recursos financeiros e de trabalho destinados à execução de Programas, Projeto e Atividades característicos da ação governamental, classificados por categorias econômicas e por unidades orçamentárias, não podendo ser confundido com uma simples peça contábil em que são relacionadas as receitas e as despesas”, muito embora destaque o mesmo autor que este novo modelo foi lançado em período autoritário, o que lhe trouxe limitações, sob a égide da Constituição Federal de 1967, com inequívoca centralização do Poder Executivo nas decisões.¹³⁰

¹²⁷ Regis Fernandes de Oliveira. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 296-297.

¹²⁸ *Orçamento: programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. *Orçamento: programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p.1.

¹²⁹ Regis Fernandes de Oliveira, op. cit., p.315.

¹³⁰ Legislação e execução orçamentária, p. 66.

As Constituições subsequentes não trouxeram mudanças substanciais na área orçamentária e é, com efeito, a Constituição Federal de 1988 quem inova, criando novos institutos para o planejamento orçamentário. Posteriormente, a Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000, trouxe grande avanço ao estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, através de ação planejada e transparente, com estabelecimento de metas de resultados entre receitas e despesas e limites à renúncia de receita, às despesas com pessoal, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar (artigo 1º, parágrafo 1º, LC).

Com efeito, trouxe a Constituição Federal previsão de lei complementar sobre finanças públicas (art.163, I, CF). Assim, foi editada a LC 101/2000, a qual, no entanto, não esgotou a matéria, de forma que a Lei 4320/64 ficou recepcionada pela CF.

Dispõe, ademais, o artigo 165 da Constituição Federal, sobre os instrumentos para a efetivação do planejamento orçamentário, quais sejam, o Plano Plurianual (PPA), as diretrizes orçamentárias (LDO) e os orçamentos anuais (LOA), os quais resultam de leis de iniciativa do Poder Público e devem estar coordenados.

Convém explicitar que, seguindo alerta feito por Fernando Lemme Weiss:

Embora a referência constitucional (art.165, p. 5º, F) seja à União, esta estruturação é aplicável a Estados e Municípios em razão do já mencionado entendimento do STF acerca da necessária simetria. A divisão em nada afeta o princípio da unicidade, o qual significa que somente pode haver uma lei orçamentária, embora dividida nas três partes referidas no art.165, par.5º. É ratificado pelo art.2º da Lei 4.320/64, que estabelece a obediência da lei orçamentária aos princípios da unidade, universalidade e anualidade. O orçamento é uma lei única que deve conter a estimativa de todas as receitas daquela entidade pública (União, Estado ou Município), sejam tributárias ou patrimoniais, bem como autorização para todas as despesas.¹³¹

Desta forma, o Plano Plurianual deverá estabelecer as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (artigo 165, parágrafo único, CF).

¹³¹ *Princípios tributários e financeiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 246-286.

A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (artigo 165, parágrafo 2º, CF).

Já a lei orçamentária anual conterá o orçamento fiscal relativamente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, o orçamento de investimento e o orçamento da seguridade social e todos os órgãos a ela vinculados, direta ou indiretamente (artigo 165, parágrafo 5º, CF).

O Plano Plurianual irá explicitar previsões para um período de 04(quatro) anos e, como bem observa Francisco Humberto Vignoli :

Deverá ser apresentado ao Legislativo até a data de apresentação da Lei Orçamentária Anual (LOA) no primeiro ano de mandato, vigorando a partir do segundo ano da administração responsável por sua elaboração até o fim do primeiro ano da gestão subsequente. Está presente aqui a idéia de continuidade administrativa, já que o PPA ultrapassa uma gestão de governo. É importante planejar adequadamente tudo aquilo que se pretende realizar ao longo dos quatro anos de validade do PPA pois, se isso não ocorrer, a LOA não poderá destinar recursos a projetos que, originariamente, não estavam previstos no PPA, a não ser por meio de lei específica.¹³²

Em tais documentos o Estado deve traçar um planejamento de atuação, para a realização de suas finalidades, com indicação de receitas e eleição de despesas a serem realizadas.

Claro que tal planejamento envolve uma decisão política, de direcionamento de gastos, como bem justifica Regis Fernandes de Oliveira :

A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas. Dependendo das convicções políticas, religiosas, sociais, ideológicas, o governante elabora seu plano de gastos. Daí a variação que pode existir de governo para governo, inclusive diante das necessidades emergentes. As opções podem variar : hospital, maternidade, posto de puericultura, escolas, rodovias, aquisição de veículos, contratação de pessoal. Uma vez estabelecidas as

¹³² Legislação e execução orçamentária, p. 368.

prioridades, mediante autorização legislativa, aprovação da lei orçamentária ou de créditos especiais e complementares), opera-se a despesas (saída de dinheiro) pelas formas estabelecidas em lei¹³³

As opções políticas nem sempre se coadunam com as necessidades e bem-estar coletivo, de forma que o texto constitucional estabelece algumas despesas vinculadas, como para a educação (artigo 212) e saúde (artigo 198), deixando claro a relevância conferida a tais vetores.

Há, ainda, determinação para que sejam vedadas as despesas que não estejam incluídas na lei orçamentária, necessitando, ainda, de autorização legislativa (artigos 166 e 167 da CF), sendo possível a abertura de crédito suplementar e contratação de operações de crédito, por força da aplicação do parágrafo 8º da do artigo 165 da CF.

Enfim, o orçamento público deve buscar a harmonia entre a arrecadação de receitas, efetivação de gastos e a busca do bem-estar social.

Realmente, esclarece Luiz Carlos Bresser-Pereira:

Para que o aparelho do Estado seja capaz ou dotado de capacidade executiva é necessário que seja sadio do ponto de vista fiscal e financeiro – ou seja, que não esteja excessivamente endividado, nem esteja aumentando sem controle seu endividamento – e eficiente do ponto de vista administrativo. As finanças públicas cuidam de manter a organização do Estado sadia financeiramente. Para isto terá de ter capacidade de tributar, e saber limitar seus gastos à sua receita.¹³⁴

A Constituição Federal, em tal sentido, explicita como deve ser todo o planejamento orçamentário, a fim de conferir responsabilidade, seriedade e eficiência na gestão pública, na busca da real concretização das necessidades coletivas, parte essencial de uma democracia substancial e não meramente formal.

¹³³ *Curso de direito financeiro*, p. 252.

¹³⁴ Instituições, bom estado e Reforma da Gestão Pública. In: Ciro Biderman; Paulo Arvate (org.). *Economia do Setor Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.11.

5.2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO

O orçamento tecnicamente prevê a entrada de receitas, bem como as despesas que serão realizadas por um ente federativo em um período financeiro (um ano), o qual não coincide necessariamente com o ano civil.

Assim, como planejamento legal, deve obedecer a determinadas regras e princípios.

Há princípios que regem o ato especificamente, outros decorrem do sistema constitucional administrativo e econômico, tais como o princípio da legalidade e da publicidade.

5.2.1. PRINCÍPIO DA UNIDADE

O orçamento deve estar contido em uma única peça, mas deve existir um orçamento para cada esfera política.

A União, conforme prescreve o artigo 165, parágrafo 5º, possui três orçamentos distintos, quais sejam, o orçamento fiscal, o orçamento da seguridade social e o orçamento de investimento das empresas estatais.

Tais características não afetam a unidade, como bem aponta José Afonso da Silva, “pois a unidade não é documental, mas de objetivos a serem atingidos dentro de uma estrutura integrada do sistema”.¹³⁵

¹³⁵ *Orçamento: programa no Brasil*, p.144

5.2.2. PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE

O orçamento é único, mas deve conter toda a estimativa de receitas, bem como a previsão de todas as despesas, seja da administração direta ou indireta.

Assim prescreve e delimita a Lei 4320/64, através dos artigos 2º, 3º e 4º.¹³⁶

5.2.3 PRINCÍPIO DA ANUALIDADE

A previsão das despesas e receitas no planejamento orçamentário será realizado pelo período de um ano ou um exercício financeiro.

Através de tal princípio, como ensinam Vidal Serrano Nunes Junior e Luiz Alberto David Araújo,

o orçamento deve ser atualizado anualmente, oportunidade em que o Legislativo exerce fiscalização das contas do Poder Público, emitindo autorização para a realização de gastos programados. Importante sublinhar que o princípio da anualidade tem aplicação exclusiva ao âmbito orçamentário, não podendo ser confundido com o princípio da anterioridade tributária.¹³⁷

Vale ressaltar, ainda, que o planejamento anual deverá estar em consonância com o plano plurianual e diretrizes orçamentárias, o que, de certa forma, flexibiliza o engessamento do orçamento ao exercício financeiro.

¹³⁶ Art. 2º - A Lei de Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade.

Art. 3º - A Lei de Orçamento compreenderá todas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei.

Parágrafo único. Não se consideram para os fins deste artigo as operações de crédito por antecipação da receita, as emissões de papel moeda e outras entradas compensatórias no ativo e passivo financeiros.

Art. 4º - A Lei de Orçamento compreenderá todas as despesas próprias dos órgãos do Governo e da Administração centralizada, ou que, por intermédio deles se devam realizar, observado o disposto no Art. 2.

¹³⁷ *Curso de direito constitucional*, p. 457.

5.2.4. PRINCÍPIO DA NÃO AFETAÇÃO OU NÃO VINCULAÇÃO

A própria Constituição Federal é expressa em vedar, através do artigo 167, inciso IV, “a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa”, a qual também especifica e delimita exceções, quais sejam, créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, a repartição do produto da arrecadação dos impostos previstos nos artigos 158, 159, a destinação de recursos para as ações e serviços público de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino, para a realização de atividades da administração tributária, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e pagamentos de débitos para com esta.

5.2.5. PRINCÍPIO DA ESPECIALIZAÇÃO

As despesas e receitas devem ser detalhadas, não sendo possível a previsão genérica, tal como prescreve o artigo 5º da Lei 4320/64.¹³⁸

5.2.6. PRINCÍPIO DA EXCLUSIVIDADE E CRÉDITOS SUPLEMENTARES OU ADICIONAIS

Prescreve o artigo 165, parágrafo 8º, da Constituição Federal que “a lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita”, o que significa dizer que o plano

¹³⁸ “Art. 5º - A Lei de Orçamento não consignará dotações globais destinadas a atender indiferentemente a despesas de pessoal, material, serviços de terceiros, transferências ou quaisquer outras, ressalvado o disposto no Art. 20 e seu parágrafo único”

orçamentário deve limitar-se às previsões específicas de despesas e receitas, com exceção feita aos créditos adicionais.

Assim, convém explicitar que os créditos adicionais, que podem ser suplementares (destinados ao reforço de dotação orçamentária), especiais (destinados a despesas sem dotação orçamentária específica) ou extraordinários (destinados a despesas urgentes e imprevistas, como guerra, comoção interna ou calamidade pública), são justamente aqueles que servem para custear ou atender despesas não previstas ou previstas insuficientemente na lei orçamentária.

Dado o interesse específico do presente trabalho, vale destacar que os créditos adicionais servem justamente para custear despesas referentes à saúde, seja relativamente a reforço de dotação orçamentária específica existente, ou seja, para despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica, o que engloba, inclusive, as determinações judiciais para realização de tratamento ou fornecimento de medicamentos aos cidadãos detentores de direito subjetivo público à saúde.

5.3. DESPESAS PÚBLICAS

As despesas “representam as saídas de recursos públicos” .

Podem as despesas, para fins didáticos, de acordo com Eduardo Marcial Ferreira Jardim, assim se classificar:

Com relação à natureza, em ordinárias, extraordinárias e especiais. As ordinárias são aquelas vocacionadas a satisfazer necessidades públicas permanentes, bem como as que, embora não rotineiras, sejam previstas e consignadas na lei orçamentária. As extraordinárias, que visam ao atendimento de necessidades imprevistas e urgentes , a exemplo das despesas decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública. Já as especiais têm por finalidade atender a necessidades novas, surgidas após a aprovação do orçamento.¹³⁹

Também indica o mesmo autor que as despesas, conforme o plano do governo a que esteja atrelada, podem ser federal, estadual, distrital e municipal (competência) e, com

¹³⁹ *Manual de direito financeiro e tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008 . p.56.

referência à forma, as despesas poderiam ser em espécie, como regra e , em natureza, como exceção.

E, finalmente, conforme o artigo 12 da Lei 4320/64, as despesas podem ser correntes e de capital. As despesas correntes podem ser de custeio, e de transferência. As despesas de capital podem ser de investimento, de inversões financeiras ou de transferência de capital.¹⁴⁰ A realização da despesa, por sua vez, realizar-se-á por meio do empenho, da liquidação e do pagamento.

É vedada a realização de despesa sem o prévio empenho, sendo este, conforme dispõe a Lei 4.320/64, “ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”.

Ademais, não poderá o empenho da despesa exceder o limite dos créditos concedidos (art.59 da Lei 4320/64), como explicita Celso Bastos,:

O empenho não cria a obrigação jurídica de pagar, como acontece em outros sistemas jurídico-financeiros. Ele consiste numa medida destinada a destacar, nos fundos orçamentários destinados à satisfação daquela despesa, a quantia necessária ao resgate do débito.¹⁴¹

E, para cada empenho será respectivamente realizado um documento, que será denominado “nota de empenho”, com indicação do nome do credor, representação e importância da despesa, além da dedução desta do saldo da dotação própria (artigo 611 da Lei 4320/64).

O pagamento será efetuado quando ordenado, por meio de despacho da autoridade competente, determinando que a despesa seja paga, após a liquidação, que “consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito “ (artigo 63 da Lei 4320/64).

¹⁴⁰ Ibidem, p.55

¹⁴¹ Regis Fernandes de Oliveira. *Curso de direito financeiro*. p. 367; *Curso de direito financeiro e tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

5.4. RECEITAS PÚBLICAS

Receita pública, de acordo com os ensinamentos de Aliomar Baleeiro “é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondências no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”.¹⁴²

Pode a receita pública ser classificada em originária, “obtida a partir da exploração do patrimônio, da venda de mercadorias e serviços, doações, entre outras formas não compulsórias de recursos”; e derivada, “representada pela arrecadação tributária, cobrada compulsoriamente”.¹⁴³

5.5. O ORÇAMENTO PÚBLICO ENQUANTO INSTRUMENTO CONCRETIZADOR DAS FINALIDADES PÚBLICAS E BEM-ESTAR SOCIAL

O planejamento orçamentário busca efetivamente o equilíbrio entre receitas e despesas públicas, sendo certo que o ordenamento jurídico atual persegue não só o equilíbrio orçamentário, como também e especialmente a eficiência na gestão pública, com a concretização das políticas sociais e dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Observa-se, em tal passo, efetivos avanços na sociedade brasileira, especialmente com a Constituição de 1988 e com a edição da Lei da Responsabilidade Fiscal.

Alguns são evidentes e auxiliam na busca de um planejamento orçamentário realmente satisfatório e que não se apresentasse meramente como peça contábil.

Desta forma, há previsão legal para que o orçamento seja minuciosamente planejado, com estabelecimento de metas e prioridades estabelecidas no plano plurianual, diretrizes

¹⁴² *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.008, p.116; Eduardo Marcial Ferreira Jardim. *Manual de direito financeiro*, p. 66

¹⁴³ Fernando Lemme Weiss. *Princípios tributários e financeiros*, p. 257.

orçamentárias e orçamentos anuais, tudo visando à redução do déficit público e o equilíbrio fiscal.

As despesas devem ser planejadas, de forma compatível com as receitas previstas, tudo mediante prévio orçamento a ser aprovado pelo Congresso. Não será admitida a realização de despesa, sem previsão na lei orçamentária, salvo algumas exceções, tal como a abertura de créditos suplementares (artigo 165, parágrafo 8º, CF).

Importa, ainda, observar que a ação governamental que acarrete aumento de despesa será acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro e declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira (artigo 16 da LRF), bem como as despesas obrigatórias de caráter continuado devem indicar a origem dos recursos para custeio e que não afetaram as metas de resultados fiscais.

Restou, também, assegurada ao Poder Legislativo a participação efetiva e direta na elaboração do programa orçamentário. Em tal ponto, prescreve o artigo 166 da Constituição Federal que os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelo Congresso Nacional, sendo possível, inclusive, a apresentação de emendas (parágrafo 3º do artigo 166).

Outra importante inovação veio com a Lei de Responsabilidade Fiscal, que introduziu substancialmente o princípio da transparência na gestão fiscal, possibilitando ao público o acesso às informações relativas à atuação financeira estatal. Para tanto, prevê o artigo 48, e parágrafo único, da Lei 101/00, que deverão ser implementados instrumentos a assegurar a fiscalização e controle dos gastos públicos, por meio de divulgação de dados em meios eletrônicos de acesso público e incentivo à participação popular, através de audiências públicas. É a possibilidade de intervenção da sociedade na fiscalização da gestão pública, a qual, organizada, poderá exigir maior eficiência nos resultados. Também a Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, demonstra grande avanço, com a criação das Conferências e Conselhos de Saúde, possibilitando uma maior fiscalização dos gastos públicos na área da saúde.

Ao lado da maior implementação de instrumentos de fiscalização e controle, vemos também concretizadas normas punitivas para a não adequada gestão dos gastos públicos.

Contudo, tais avanços, que merecem ser festejados, ainda não se mostram suficientes para uma concreta e real fiscalização da gestão pública, que se mostra ainda ineficiente, principalmente como meio instrumental para a concretização de necessidades sociais .

Com efeito, vários pontos ainda negativos contribuem para uma realidade no Brasil ainda distante de uma gestão fiscal responsável e eficaz. Vejamos.

Vale destacar, primeiramente, que a questão do planejamento orçamentário no Brasil é uma experiência relativamente nova, assim como o exercício democrático, cabendo à Constituição Federal de 1988, em tal aspecto, papel relevante, e já se pode destacar o surgimento de instrumentos mais eficazes na fiscalização da gestão pública e penalização de crimes contra a ordem econômica.

Assim, relatam Fernando Luiz Abrucio e Maria Rita Loureiro :

O Brasil tem uma história democrática relativamente curta e recente. Seu primeiro experimento se deu entre 1946-1964, mas foi a partir da redemocratização, em meados da década de 1980, que os princípios e instrumentos de *accountability* começaram a ser mais bem desenvolvidos no país, com impactos no ordenamento das finanças públicas . Dentre as mudanças mais significativas desencadeadas pelo regime democrático, cabe destacar: o fechamento da conta-movimento do Banco do Brasil; a unificação do orçamento público, extinguindo o orçamento monetário e, com a Constituição de 1988, reunindo as contas do Tesouro, das estatais, e da Previdência; a criação da Secretaria Nacional do Tesouro (STN), no Ministério da Fazenda, órgão centralizador da gestão fiscal no país; a montagem do Siafi (Sistema integrado de Administração Financeira), que organizou e tornou mais transparente o fluxo dos recursos públicos federais; o maior sucesso no controle inflacionário a partir do Plano Real, aspecto aperfeiçoado com o estabelecimento das metas inflacionárias em 1999; o controle mais rigoroso do endividamento público por meio de resoluções do Senado; o acordo de refinanciamento das dívidas subnacionais e, por fim, a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que representou um marco na gestão fiscal do país ao instituir normas mais efetivas de restrição orçamentária.¹⁴⁴

Efetivamente, o orçamento-programa foi instituído no País, com regras claras estabelecidas pelo sistema legal, devendo conter todas as despesas e receitas do Estado, seja da Administração direta ou indireta, com o devido e necessário equilíbrio (artigo 16, III, CF).

¹⁴⁴ Finanças públicas, democracia e accountability. In: Ciro Biderman e Paulo Arvate (org.). *Economia do Setor Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 86.

Demonstra o planejamento da Administração Pública como e para onde serão direcionadas as receitas previstas, com a revelação dos objetivos a serem perseguidos, a eleição das prioridades políticas.

Mas o Estado, ao traçar o planejamento econômico e financeiro, embora possua certa margem de discricionariedade, não pode deixar de contemplar os valores traçados como fundamentais pela própria Constituição Federal e, muito embora se trate de uma atuação com conteúdo político, este não pode suplantar os valores reconhecidos como fundamentais pela ordem constitucional.

Ao contrário, o Estado é o instrumento concretizador dos valores fundamentais do cidadão, do bem-estar social.

Como alerta Eduardo Marcial Ferreira Jardim, “a decisão de quanto gastar, quando gastar, onde gastar é algo que requer anuência da sociedade por meio de seus representantes no Parlamento, pois, em última análise, ela é que vai pagar a conta. A referida concordância é efetivada na votação da lei orçamentária”.¹⁴⁵

Portanto, ao delimitar as diretrizes orçamentárias, o Estado não deverá se afastar de seu objetivo primordial, de tal forma que as receitas previstas e arrecadadas devem ser direcionadas ao interesse público,¹⁴⁶ priorizando os interesses denominados primários e não secundários.

¹⁴⁵ *Manual de direito financeiro e tributário*. p.54.

¹⁴⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello traz uma importante contribuição ao estudo do conceito de interesse público ao demonstrar que não se pode tomar o interesse público como algo oposto ao interesse pessoal, particular, individual. Reconhece que pode haver um interesse público contrário a um dado e específico interesse individual, mas alerta que “não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade”.

Essa assertiva é cuidadosamente analisada, relatando ao final que “o que fica visível, como fruto destas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas *singularmente consideradas* –, e que, de par com isto, existe também o *interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos*, mas que comparecem enquanto *partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos*, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras”. [...]

“Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**”(Curso de direito administrativo, p. 60-61).

Não deve o gestor público, então, se afastar do interesse público, da necessidade de implementar os direitos fundamentais do cidadão, buscando atenuar a desigualdade social (artigo 3º, da CF).

A receita orçamentária deve, então, ser direcionada corretamente, de forma a atender aos reclamos e necessidades prementes da sociedade, o que não se verifica concretamente.

A gestão pública financeira pode ser, assim, definida como a “atividade encaminhada à obtenção de ingressos e realização de gastos com o objetivo de fazer efetivos os procedimentos (democráticos) e os direitos (fundamentais) constitucionalmente estabelecidos”, devendo a mesma sempre estar coordenada com as necessidades sociais, com direcionamento correto da receita, de acordo com as metas e prioridades traçadas pela própria ordem constitucional.¹⁴⁷

Destaca Regis Fernandes de Oliveira que, “sob tal ângulo, é possível dar novo enfoque ao direito financeiro, qual seja, o de, mediante justa distribuição dos recursos, atender a princípios de garantia do indivíduo. Assim, quando se pensa no atendimento do direito à saúde, não se está cumprindo mera função estatal, mas garantindo uma necessidade essencial a todos os habitantes do país”.¹⁴⁸

Inclusive, sustenta o mesmo autor a possibilidade de interferência do Poder Judiciário no saneamento da alocação de recursos em alguns casos concretos, quando se verifica agressão ao princípio da proporcionalidade ou o descumprimento de comandos normativos constitucionais, suscitando entendimento diverso manifestado por Horácio Guillermo Corti, para quem as “atividades tributárias e de despesa são de diferentes naturezas. Uma jurídica, a outra política. Portanto, são diferentes ao momento do controle: a tributação está sujeita ao controle judicial, a distribuição de receitas não”.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Horácio Guillermo Corti. *Derecho financiero*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p.98; Regis Fernandes de Oliveira. *Curso de direito financeiro*, p. 273.

¹⁴⁸ Regis Fernandes de Oliveira. *Curso de direito financeiro*, p.273.

¹⁴⁹ Regis Fernandes de Oliveira. *Curso de direito financeiro*, p.275: “Caberia o apelo ao Judiciário já em momento de tramitação legislativa do projeto de lei orçamentária? Entendemos que sim, dependendo da situação concreta específica. Evidente está que não cabe ao juiz interferir nas inúmeras ponderações político-administrativas que devem ser efetuadas pelo administrador na decisão de alocação de recursos. No entanto, diante de determinada hipótese e tendo em vista os princípios constitucionais e demonstrada, à sociedade, que estará agredido o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) ou o descumprimento de comandos normativos constitucionais, caberá a intervenção e não será desarrazoada”.

Ora, se o planejamento orçamentário se desviar dos fundamentos primordiais contemplados pela Constituição Federal, claro que se demonstra razoável a intervenção judiciária em tal fase, embora se trate de ato de conteúdo primordialmente político, até porque pode ser mais efetiva a fiscalização no momento da execução do planejamento orçamentário, tudo como forma de pressionar o ente público a adequar a gestão pública aos reclamos e necessidades sociais, bem como às linhas traçadas pela ordem constitucional.

A distribuição e o manejo dos recursos públicos no plano orçamentário, ainda que contenha certo grau de discricionariedade, dado o conteúdo político, deve sempre revelar o cuidado de estar direcionado ao interesse público, não podendo estar desvinculado da relevância dada aos direitos fundamentais. Deve o planejamento orçamentário estar coordenado com caminho e valores traçados pela própria ordem constitucional.

Pondera, em tal diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello :

É de presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público. O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.¹⁵⁰

Assim, o ato administrativo viciado quanto à sua finalidade, ou seja, realizado contrariamente ao interesse público, pode ser questionado pelo Judiciário.

Como bem anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da razoabilidade deve servir como parâmetro limitador à discricionariedade do legislador e do administrador, o que possibilita a invalidação pelo Judiciário quando constatada a irrazoabilidade, ponderando que deve haver, no caso das sanções de polícia, “correlação e proporcionalidade entre os meios e os fins, sem desrespeitar direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico”. Inclusive, “quando o Poder Legislativo promulga lei infringindo o princípio da razoabilidade, cabe ao Poder Judiciário declará-la inconstitucional”.¹⁵¹

¹⁵⁰ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 32.

¹⁵¹ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 199.

Tal idéia também se aplica ao planejamento orçamentário realizado de forma desconexa aos interesses delineados constitucionalmente e que não apresenta relação adequada e proporcionalidade entre os meios e os fins, com o consequente desrespeito aos direitos sociais, se constatado o direcionamento da receita pública a interesses meramente políticos e secundários em prejuízo do que seria a finalidade precípua do procedimento (interesse público, o bem-comum), justificando a intervenção do Judiciário.

Como retrata Chade Rezek Neto:

O Princípio da Proporcionalidade funciona como um meio para verificar se os fatores de restrição tomados são adequados à realização dos direitos concorrentes, uma vez que, o que é almejado por toda uma sociedade é a garantia dos direitos fundamentais, viabilizando um efetivo controle das leis, fornecendo ao juiz um instrumental prático quando for verificada uma excessiva intervenção do legislador, na esfera dos direitos individuais.¹⁵²

Desta feita, a falta de razoabilidade na escolha das opções políticas, que provoca a desproporcionalidade entre a aplicação de receitas públicas em desfavor e desrespeito aos direitos fundamentais e sociais, torna possível o questionamento do planejamento orçamentário no Judiciário.

Deve ser destacado como segundo ponto crítico à gestão orçamentária no Brasil, ao lado do problemático manejo econômico das receitas e despesas públicas, a existência de uma atual e precária fiscalização, nos moldes traçados, com mínima participação pública, seja na fase do planejamento ou da execução orçamentária, ambas ainda com pouca eficácia, de forma que acaba por preponderar as opções políticas do Estado, as quais, muitas vezes, não coincidem com o interesse público e social.

Terceiro ponto a ser destacado é relativamente à utilização correta da receita, já superado o planejamento orçamentário. Partindo-se da idéia que a receita tenha sido planejada de forma legal e constitucional, com o resguardo dos direitos fundamentais, há que se perquirir também sobre a forma e encaminhamento da receita.

Destaca sobre o tema Regis Fernandes de Oliveira:

Não basta dizer que os recursos devem ser gastos em benefício dos objetivos fundamentais do Brasil, nem que os destinatários devem ser os menos aquinhoados dos benefícios governamentais. É importante, também, que haja

¹⁵² *O princípio da proporcionalidade*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. p. 47.

bom uso das receitas públicas e que possa haver efetivo controle sobre a formalização dos gastos.¹⁵³

Efetivamente, constata-se no Brasil que os gastos sociais são efetivamente altos, se comparados com outros Países:

De acordo com os dados do Orçamento Social da União, o gasto social do governo totalizou R\$.170,7 bilhões, o equivalente a 15,7% do PIB - uma proporção alta relativamente a outros países. Entre os países latino-americanos que, em proporção ao PIB, mais gastam nas áreas sociais estão : Chile (13,4%), México (13,1%), Colômbia (12%) e Equador(11,1%).¹⁵⁴

Há reserva, então, de valor significativo para a resolução de problemas sociais, o que nos leva a crer que o gasto está sendo mal utilizado ou com errônea focalização.

As jornalistas Chrystiane Silva e Carina Nucci destacam sobre o tema:

O Brasil gasta demais e usa mal os recursos destinados a políticas sociais. Além disso, não mede a eficácia dos programas em andamento e os direciona à metade superior da pirâmide social. "Em poucas palavras, os programas não atendem os mais necessitados", diz Peter Lindert, da Universidade da Califórnia, em Davis, nos Estados Unidos. Lindert pesquisou a história da assistência social em dezenas de países e publicou no começo deste ano o livro *Growing Public*, que examina as relações entre crescimento econômico e políticas de distribuição de renda. Lindert não pode ser etiquetado como um economista liberal ou antidesenvolvimentista. Ao contrário, sua obra busca demonstrar que países que adotaram políticas sociais de forma duradoura conseguiram reduzir as desigualdades com mais eficácia que os demais. O problema, diz ele, é que a virtude dessas políticas não deve ser medida por cifras, mas por sua eficácia. Segundo Lindert, vários países da América Latina destinam a programas sociais mais do que as nações ricas faziam quando tinham economias menos desenvolvidas. Diz o economista: "A grande diferença é que na América Latina os recursos públicos beneficiam o estrato mais rico da população."¹⁵⁵

De acordo com relato do próprio Ministério da Fazenda, constata-se que o Brasil é uma exceção à tendência internacional, onde há alta carga tributária, mas baixa desigualdade de renda. Em tal sentido, o Reino Unido e a Espanha, com cargas tributárias semelhantes à brasileira, têm uma desigualdade de renda bem menor que a do Brasil. Isto só comprova que,

¹⁵³ Regis Fernandes de Oliveira. *Curso de direito financeiro*. p. 281.

¹⁵⁴ Claudia Helena Calieri; Elaine Toldo Pazello. Efeito distributivo das políticas sociais. In: Ciro Biderman; Paulo Arvate (org.). *Economia do Setor Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 339.

¹⁵⁵ *Revista Veja*, São Paulo, Edição 1875, 13 out. 2004.

realmente, o Brasil não tem conseguido usar os sistemas tributário e de gasto social de forma a afetar substancialmente e melhorar a extrema desigualdade de renda observada no País.¹⁵⁶

É mesmo verdade, pois, na área da educação, do total dos recursos destinados 70% é voltado ao ensino superior (70%), 13% ao ensino fundamental, 8% ao ensino médio e 4,5% à alfabetização de adultos e ensino supletivo.¹⁵⁷

Claramente os recursos são desviados à área de educação em que há maior concentração de poder aquisitivo, sendo indubitável que a aplicação, que seria mais consistente, no ensino básico (fundamental e médio), garantiria melhor qualidade educacional à população, em especial à mais carente, garantindo-lhes melhor inserção social e possibilidade de colocação no mercado de trabalho de forma mais qualitativa.

Também em outros setores se dá o mesmo aspecto negativo da eficácia na aplicação dos recursos públicos.

Do total dos recursos sociais, 65% são destinados à previdência, enquanto somente 12,8% são destinados à saúde e à cultura e educação apenas 5,3%.

O valor destacado à previdência é em grande parte desviado para pensões e aposentadorias (73%), sendo certo que 40% deste montante, ou seja, a maior parte, é destinada a uma faixa etária relativamente nova (entre 45 a 60 anos), com pagamento concentrado no topo da distribuição de renda, ou seja, onde há maior concentração de renda.

Do valor direcionado à saúde, por sua vez, são destinados grande parte à atuação curativa (basicamente ao SUS), enquanto à atuação preventiva há aplicação mínima de recursos, por meio de projetos de saúde em família e agentes comunitários (5 %), medicamentos e vacinas (4,2%) e vigilância sanitária (0,6%).

Importa, ademais, considerar que o total aplicado ao SUS (natureza curativa) é partilhado entre estabelecimentos públicos (2.191), privados, através de convênios (3.503), além de hospitais universitários (148).¹⁵⁸

¹⁵⁶ Ministério da Fazenda, Secretaria de Política Econômica. *Gasto social do governo central 2001 e 2002*. Brasília, 2003. Disponível: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2003/Gasto%20Social%20do%20Governo%20Central%202001-2002.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

¹⁵⁷ Claudia Helena Cavalieri e Elaine Toldo Pazello. *Efeito distributivo das Políticas Sociais*, p. 343.

Fica claro, desta feita, que, apesar de existir tributação suficiente, o gasto social do governo federal sofre planejamento pouco eficaz, com opções e diretrizes equivocadas, além de errônea focalização, de forma que não se mostra capaz de proporcionar e garantir as necessidades mais básicas da população, nem as finalidades constitucionais de construir uma sociedade justa, solidária, com erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º CF).

Finalmente, como quarto ponto a ser destacado, além da problemática existente na opção de prioridades e diretrizes traçadas pelo Estado e a errônea focalização dos gastos públicos, temos concretamente a questão da execução do orçamento, que também apresenta problemas. Em tal sentido, o sistema legal não oferece instrumentos para uma eficaz fiscalização para verificação de compatibilidade entre o orçamento previsto e o realizado.

Merece destaque a observação realizada por Francisco Vignoli :

Assim, com raríssimas exceções, acaba o orçamento público constituindo um instrumento que se destina ao mero cumprimento de uma agenda formal-legal, que se reproduz mecanicamente, exercício após exercício, sem que seja aproveitada a sua maior característica, que é a de constituir verdadeiro instrumento diretor de curto prazo, capaz de definir ações de intervenção para transformar a realidade, além, é claro, de garantir outras tantas ações destinadas à manutenção dos serviços e equipamentos já colocados à disposição da coletividade.¹⁵⁹

Realmente, difícil se mostra no plano concreto constatar se o orçamento foi realizado tal qual planejado, se a despesa prevista para uma determinada obra foi realmente direcionada para a mesma e, mais, se o custo real se compatibilizou com a previsão ou se a obra se mostra adequada aos objetivos inicialmente traçados, se houve desvios e se, obedecida a destinação, houve a correta utilização das receitas.

Claro que o país já conta com meios para uma fiscalização da execução orçamentária, exercida pelo Congresso Nacional (controle externo), com auxílio do Tribunal de Contas, pelo sistema de controle interno de cada Poder – artigo 70 da CF, como também popular (artigo 74, parágrafo 2º, da CF, e artigo 48 LRF).

¹⁵⁸ Dados numéricos retirados de estudo realizado pelo Governo Federal publicado no Ministério da Fazenda . *Gasto social do governo central 2001 e 2002*. Disponível: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2003/Gasto%20Social%20do%20Governo%20Central%202001-2002.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

¹⁵⁹ Ciro Biderman e Paulo Arvate (orgs). *Economia do setor público no Brasil*, p. 370.

A própria Lei de Responsabilidade Fiscal implementou a necessidade de transparência na gestão fiscal, por meio de ampla divulgação dos planos, orçamentos e diretrizes orçamentárias (artigo 48 LRF), inclusive em meios eletrônicos.

Assim, afirma Flávio da Cruz:

A expressão transparência, abordada nesse Capítulo da Lei, não se confunde com princípio da publicidade, insculpido na Constituição Federal, pois não basta a divulgação dos atos e números da gestão, mas é necessário que esta seja efetuada de forma que a população em geral tenha condições de interpretá-los.¹⁶⁰

Também devem ser realizadas prestação de contas, por parte dos Chefes do Poder Executivo, incluindo os Poderes Legislativo, Judiciário e Chefe do Ministério Público, as quais deverão se submeter a parecer do respectivo Tribunal de Contas.

E, justamente, caberá ao Tribunal Contas a verificação de cumprimento das metas estabelecidas pelo Planejamento e Diretrizes Orçamentárias e se houve a correta concretização das despesas previstas, de acordo com a entrada de receitas.

Porém, como bem alerta Regis Fernandes de Oliveira, “a função dos Tribunais de Contas continua a ser meramente preventiva e fiscalizadora, descabendo-lhes tomar qualquer medida de sustação de despesa ou de contratos que entende viciados. Apenas teremos uma Tribunal de Contas com dignidade, quando a ele for atribuída a competência para exame prévio de contratos e efetuar seu registro, examinando o procedimento licitatório em todas suas dimensões, seja de legalidade, seja de conveniência. Até lá, terá e continuará tendo atribuições limitadas. Embora possa fiscalizar, não pode impedir o desmando”.¹⁶¹

Também a participação popular, ainda que signifique um avanço, não se mostra ainda eficaz enquanto instrumento de fiscalização a suscitar uma gestão pública responsável. Para tanto, teremos que galgar longo caminho, com um amadurecimento da própria sociedade, que deve se mostrar mais engajada e com maior organização. Também os administradores devem se mostrar mais afeitos com a nova estrutura legal que lhes cobra maior seriedade e responsabilidade na atuação, não bastando mera prestação contábil de contas do exercício fiscal administrativo, mas sim efetiva demonstração e abertura no trato da coisa pública, com transparência real e efetiva da execução orçamentária.

¹⁶⁰ Flávio da Cruz (Coord). *Lei de responsabilidade fiscal comentada*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.189.

¹⁶¹ *Curso de direito financeiro*, p.485

O último ponto a merecer destaque é que afeta igualmente o orçamento público enquanto instrumento concretizador das finalidades públicas é o fenômeno da corrupção, que abala praticamente todos os governos, alterando os contornos sociais.

Vale citar as palavras de Marcos Fernandes Gonçalves da Silva:

O aparecimento da corrupção na máquina pública em geral – e na compra de serviços em particular – está associado ao fato de que não podemos falar, a rigor, em administração gerencial pura dentro do Estado ao custo de ingenuamente supor que as estruturas de incentivo com as quais deparam-se burocratas, políticos e agentes privados que agem sobre a máquina pública possam ser comparáveis às estruturas de mercado.¹⁶²

Claro que a corrupção tem maior incidência em governos de exceção ou absolutistas, o que não impede o aparecimento de tal fenômeno nos países democráticos, pois, de acordo com a clássica afirmação de Lord Acton, o poder tende a corromper, e o poder absoluto corrompe absolutamente.

O principal elemento nos regimes democráticos que leva à corrupção é a falta de fiscalização ou transparência na gestão pública, além de uma questão cultural que leva à não punição dos agentes que praticam o ato criminoso.

Em tal sentido, relata Stephen Kanitz:

As nações com menor índice de corrupção são as que têm o maior número de auditores e fiscais formados e treinados. A Dinamarca e a Holanda possuem 100 auditores por 100.000 habitantes. Nos países efetivamente auditados, a corrupção é detectada no nascedouro ou quando ainda é pequena. O Brasil, país com um dos mais elevados índices de corrupção, segundo o World Economic Fórum, tem somente oito auditores por 100.000 habitantes, 12.800 auditores no total. Se quisermos os mesmos níveis de lisura da Dinamarca e da Holanda precisaremos formar e treinar 160.000 auditores. A principal função do auditor nem é a de fiscalizar depois do fato consumado, mas a de criar controles internos para que a fraude e a corrupção não possam sequer ser praticadas.¹⁶³

Pode ser incluída no tópico da corrupção, a exemplificar, a questão de desvio de verba, noticiada recentemente, como também incluída no relatório do Ministério da Saúde,

¹⁶² Corrupção e produção de bens públicos, p.131.

¹⁶³ A origem da corrupção. *Revista Veja*, São Paulo, Edição 1600, n.22, 02 jun. 1999, p.21

consistente no fato de que somente oito Estados e o Distrito Federal cumprem os gastos mínimos obrigatórios em saúde previstos na Constituição.¹⁶⁴

Importante concluir, então, que, apesar dos avanços já galgados, o caminho ainda é longo, no que diz respeito ao alcance de um planejamento econômico e orçamentário neutro e eficaz, a propiciar uma gestão do Estado, com políticas públicas eficientes e garantidoras dos mais elevados valores encampados pela ordem constitucional vigente.

¹⁶⁴ Geisa de Assis Rodrigues. Direito sanitário. In: Vidal Serrano Nunes Júnior (coord.). *Manual de direitos difusos*, p. 334; *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 jun. 2008.

6. A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, que deve buscar concretizar as finalidades prescritas constitucionalmente, através de uma sociedade livre, justa, solidária, a qual deve desenvolver-se, mas com a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º da CF).

Assim, o Estado deve focar a sua atuação na busca por condutas tendentes à realização dos denominados direitos fundamentais, entre os quais, os direitos sociais, consubstanciados, em regra, por meio de prestações positivas.

Vale lembrar Marçal Justen Filho:

Verifica-se atualmente tendência à redução das tarefas atribuídas ao Estado. Mas, as perspectivas de redução da intervenção do Estado no domínio econômico, consagradas no final do século XX, devem ser enfocadas segundo a dimensão dos princípios jurídicos fundamentais. O Estado deve aplicar esforços e recursos para a realização satisfatória desses princípios. O Estado é necessário e indispensável como instrumento de realização dos valores Fundamentais.¹⁶⁵

Daí o conceito de serviço público atualmente estar ligado à concepção dos direitos fundamentais.

Assim sustenta César A Guimarães Pereira:

O legislador somente poderá qualificar como serviço público atividades que tenham, em face da configuração da Constituição, relevância preponderante (segundo um juízo de ponderação) em relação aos princípios da livre iniciativa, da liberdade de empresa e da subsidiariedade da atuação econômica estatal.¹⁶⁶

O serviço público revela, então, ser instrumento adequado para a realização dos direitos fundamentais.

¹⁶⁵ *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 49.

¹⁶⁶ *Usuários de serviços públicos*, p.291.

Desta forma, correto afirmar que os direitos sociais são basicamente viabilizados por meio de atuação do Estado, através dos serviços públicos.

Contudo, a tônica do problema atualmente é a que envolve a efetividade dos direitos sociais, tendo em vista as limitações de ordem econômica e a escassez dos recursos públicos, embora já reconhecidos como direitos subjetivos públicos plena e imediatamente exercitáveis.

Foram desenvolvidos entendimentos, então, por parte da doutrina e jurisprudência, no sentido de que a efetividade dos direitos sociais deveria ficar restrita à denominada reserva do possível.

Contudo, não devemos nos resignar a um pensamento lógico tão simplista, a excluir a plena efetividade e imediata aplicabilidade dos direitos sociais, o que é assegurado pela própria ordem constitucional (artigo 5º, parágrafo 1º, CF).

Inclusive, seguindo Celso Antonio Bandeira de Mello :

Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para o cidadão, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da palavra.¹⁶⁷

Assim, as normas viabilizadoras dos direitos sociais são, destarte, normas passíveis de aplicabilidade e exigibilidade imediata e geram direitos subjetivos, embora, como defende Celso Antonio Bandeira de Mello, possam revelar teores eficaciais distintos.¹⁶⁸

Mas, é importante observar que o fato do descumprimento de tais normas concretamente, especialmente por parte do Poder Público, não pode descaracterizar a eficácia concedida pela ordem constitucional.

Desta forma, a questão da escassez dos recursos públicos, a falta de implementação das políticas públicas para a concretização dos direitos sociais, e até mesmo a ineficiência no trato da coisa pública, não poderá levar à descaracterização da natureza das normas de direitos sociais.

Também em igual pensamento, João dos Passos Martins Neto:

¹⁶⁷ Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, p. 233.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 233.

Contra essas evidências, poderia haver quem sustentasse que os direitos sociais, especialmente àqueles que evocam a prestação de serviços públicos, não comportam jamais aplicabilidade autônoma porque, para sua plena satisfação, primeiro se tem de criar as condições materiais necessárias. Trata-se de argumento errôneo, produto de inadvertida confusão entre o plano normativo(ou do dever-ser) e o plano fático (ou do ser). É óbvio que o direito de uma criança ao ensino fundamental público e gratuito, mesmo que plenamente configurado pelo norma atributiva, só será observado espontaneamente se a administração responsável, previamente, construir a escola e contratar professores.

Mas é também óbvio que, à falta de implemento da estrutura indispensável, nem por isso o direito inexistente: ele vige, na sua inteireza, como prescrição jurídica dotada de total autonomia, conquanto desatendida na ordem dos fatos pela inadimplência estatal.

Com efeito, é absurdo vincular o juízo sobre a integridade ou não-integridade de uma regulação de direito subjetivo ao dado contingente da sua observância ou inobservância pelo sujeito passivo. Proceder assim seria anuir à espantosa premissa de que só haverá direito onde não houver violação. Daí por que a dependência de providências materiais a cargo do obrigado não interfere na constatação do grau de densidade normativa.¹⁶⁹

Realmente, as normas constitucionais que conferem direitos sociais, tais como as que conferem liberdades e garantias, possuem plena e imediata efetividade, com a possibilidade do respectivo pleito judicial, se negados ou desrespeitados, eis que conferem direitos subjetivos, não descaracterizando a natureza destes a não concretização das políticas públicas necessárias, carecendo, outrossim, de justificada demonstração, por parte do poder público, a alegação de impossibilidade de cumprimento ou desrespeito ao direito social em questão mediante simplória sustentação de insuficiência de recursos financeiros.

Também sobre o tema, é válida a citação de J. J. Gomes Canotilho :

“Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser subjetivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos”.¹⁷⁰

¹⁶⁹ *Direitos fundamentais: conceito, funções e tipos*, p. 179.

¹⁷⁰ *Direito constitucional*, p. 368.

Faz-se necessário alertar e confirmar, em tal contexto, a permanência do papel do Estado como realizador e concretizador dos direitos sociais em Países como o Brasil, apesar de algumas limitações fáticas, especialmente de caráter econômico (reserva do possível).

O fato, então, é que deve existir um planejamento adequado pelo orçamento público, desde o momento em que são traçadas as diretrizes políticas, devendo ser sempre lembradas as prioridades do Estado, tendo como cerne a dignidade da pessoa humana. Como destaca Luiz Edson Fachin “a dignidade da pessoa humana foi pela Constituição concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. E, como tal, lança seu véu por toda a tessitura condicionando a ordem econômica, a fim de assegurar a todos existência digna(art. 170)”.¹⁷¹

Mas, o planejamento orçamentário é um misto de elaboração técnica e política, não havendo neutralidade nas decisões públicas, que fica à mercê de toda sorte de influência, seja através de grupos de pressão (empresários, construtoras) ou interesses pessoais dos próprios políticos (como na atuação que visa a reeleição), ou seja, não se pode falar em estado gerencial puro.¹⁷²

Assim, não se pode presumir que tenha sido o orçamento público planejado de forma neutra e eficiente, com a correta gestão das receitas e adequada alocação de recursos, relativamente às necessidades e interesses públicos.

Tal qual afirma Horácio Guillermo Corti, “a atividade financeira é a atividade encaminhada à obtenção de ingressos e realização de gastos com o objetivo de fazer efetivos os procedimentos (democráticos) e os direitos (fundamentais) constitucionalmente estabelecidos”.¹⁷³

Admite-se, inclusive, nos dias de hoje, até mesmo a impugnação via judicial do orçamento público na fase de planejamento, caso o mesmo tenha se distanciado das diretrizes legais e constitucionais.

¹⁷¹ Luiz Edson Fachin. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.193. Cesar A Guimarães Pereira. *Usuários de serviços públicos*, p.305-306.

¹⁷² Marcos Fernandes Gonçalves da Silva. Corrupção e produção de bens públicos. In: Ciro Biderman ; Paulo Arvate (orgs). *Economia do setor público no Brasil*, p 129

¹⁷³ Derecho financiero. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p.98; Regis Fernandes de Oliveira. *Curso de direito financeiro*, p.273

Em tal diapasão, cite-se Regis Fernandes de Oliveira:

Pode o Executivo entender que deva asfaltar todos os córregos, desprezando o atendimento em postos de saúde, para o que, em determinada oportunidade alocará quantidade mínima de recursos. Tal desproporcionalidade ou irrazoabilidade poderá ser questionada obrigando a transposição de valores para o atendimento de situações tão urgentes quanto a outra. Dir-se-á que o critério é exclusivamente político, descabendo qualquer interferência do Poder Judiciário, no saneamento da alocação dos recursos. A afirmação é apenas meia verdade. Se houver manifesta desproporção entre as diversas alocações, caberá a interferência do Judiciário, apenas no momento da definição legal.¹⁷⁴

Sempre destacando a existência de autores que não defendem tal posição, tal como Horácio Guillermo Corti, Regis Fernandes de Oliveira sustenta a possibilidade de apelo ao Judiciário já em momento de tramitação legislativa do projeto de lei orçamentária, desde que demonstrado que está agredido o princípio da proporcionalidade ou o descumprimento de comandos normativos constitucionais.

Ora, na delimitação do planejamento orçamentário, o Estado tem a função precípua de realizar o bem-estar social e possibilitar o exercício da vida humana digna e não haverá proporcionalidade, nem razoabilidade na destinação de verba pública para o custeio de uma obra de grande monta para simples embelezamento de via pública em detrimento de construção de um novo hospital, de uma nova escola de ensino fundamental ou concessão de medicamentos a preservar a integridade física de qualquer ser humano.

Assim, bem se verifica que o problema da escassez dos recursos públicos está ligado a vários outros fatores sociais e políticos e não especificamente a ilimitabilidade das necessidades sociais.

Neste sentido, fenômenos como a corrupção, execução orçamentária desconectada com o planejamento, má uso das receitas públicas, bem como a falta de controle efetivo e fiscalização da gestão pública possam estar solapando as receitas públicas.

Desta forma, não basta a simples alegação de falta de recursos públicos para justificar o não atendimento de determinados direitos sociais, tal como o pleito judicial de um determinado medicamento fundamental à integralidade da vida de determinado administrado.

¹⁷⁴ *Curso de direito financeiro*, p. 274.

Não se justifica o não atendimento de tal pleito judicial ante a simplória alegação de falta de recursos públicos, em especial com dados que revelam, a exemplificar, de acordo com relatório do próprio Ministério da Saúde, já citado anteriormente, que somente oito Estados e o Distrito Federal cumprem os gastos mínimos obrigatórios em saúde previstos na Constituição.¹⁷⁵

O Estado deverá demonstrar, portanto, a efetiva escassez dos recursos públicos, que justifique a limitação a um direito fundamental de inviolabilidade à vida de um cidadão, bem como a inviabilidade do pleito judicial.

Importa, também, destacar idéia suscitada por César A Guimarães Pereira, quando revela que a distinção entre direitos positivos e negativos, sob o ângulo da existência ou não de gastos públicos envolvidos, vem perdendo prestígio, desde a apresentação por Stephen Homes e Cass Sunstein da tese de que os direitos negativos também envolvem gastos públicos, de forma que não se justifica, nem haveria fundamento lógico para o tratamento absolutamente distinto das duas classes de direitos:

No ponto específico em discussão, a afirmação de que a eficácia dos direitos sociais dependeria da reserva do possível levaria ou (i) reconhecer-se que também os direitos de defesa (os direitos negativos) estão sujeitos a uma reserva do possível, o que é impensável e não corresponde à realidade (seria admitir, p. ex., que só haveria direito a indenização por desapropriação se houvesse compatibilidade com o orçamento; note-se que isso é diferente de afirmar que só haverá pagamento quando houver recursos no orçamento) ou (ii) admitir-se que a reserva do possível não opera, mesmo no caso de direitos positivos (sociais, direitos a prestações), no plano de eficácia jurídica, mas também no da efetividade, ou seja, não descaracteriza a existência do direito ou do dever jurídico, apenas afeta a satisfação daquele e o cumprimento deste.¹⁷⁶

É realmente uma questão de prioridade e escolha política, cuja atuação do Estado, na gestão pública, deve se pautar pela razoabilidade.

O próprio STF, na ADPF 45, dispõe:

A cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até

¹⁷⁵ Geisa de Assis Rodrigues. Direito sanitário. In: Vidal Serrano Nunes Júnior (coord.). *Manual de direitos difusos*, p. 334 ; *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 jun. 2008.

¹⁷⁶ Usuários de Serviços Públicos, p.314

mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Também o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, através de julgado recente, também afastou a aplicação da reserva do possível, na salvaguarda da integridade física de administrado:

Por conseguinte, não pode a Administração Pública, ao pretender exercer a discricionariedade administrativa, solapar o *núcleo essencial* do direito fundamental que lhe exige uma *prestação mosürva (direitos a prestações)* em favor do administrado.

E quanto ao segundo argumento favorável ao controle judicial, o *princípio da máxima efetividade das normas constitucionais*, trata-se de um reforço à idéia de auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Por tudo isto, a *teoria da reserva do possível* não pode ser enfrentada isoladamente.

O *mínimo essencial* de um *direito fundamental*, pelo *princípio da máxima efetividade das normas constitucionais*, caracteriza - como, aliás, o próprio termo define-se - o *mínimo* a ser realizado.

E o *procedimento de ponderação* da teoria dos princípios (Robert Alexy) revela-se uma ferramenta de inestimável importância para a averiguação da discricionariedade administrativa da política pública. É o melhor instrumento de cotejamento das *reservas do possível* com o *mínimo essencial* dos direitos fundamentais de modo a conferir - aos direitos fundamentais - a *máxima efetividade* possível.

Pois a ponderação pelo *argumento de princípio* permite o *mandamento de otimização*, é dizer, o dever *prima facie* de que o *direito à prestação* de realização de um *direito fundamental* aconteça na melhor medida possível.¹⁷⁷

¹⁷⁷ TJ/SP Apelação 7665115/7-00, rel. Luiz Manuel Fonseca Pires, j. 28/11/08

7. O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À SAÚDE E SEU DIMENSIONAMENTO CONSTITUCIONAL

O direito à saúde consubstancia-se em direito fundamental típico da segunda geração, que denota conteúdo coletivo, no sentido de buscar satisfazer necessidade social no bojo de uma democracia, tal como o direito à educação e o direito de greve.

Designado, pois, como direito social, se realiza precipuamente pelo Estado, por meio de serviços públicos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe expressamente em seu artigo 196 que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, o qual deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, visando, outrossim, a redução de doenças e outros agravos, com acesso universal e igualitário às ações e serviços.

Não se trata aqui, como alguns autores defendem, de mera norma programática, sem qualquer eficácia.

Ao contrário, superado tal pensamento, a própria ordem constitucional impõe às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais a aplicação imediata.

Embora persista divergência, o fato é que, seguindo, mais uma vez, entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello, “todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para o cidadão, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros ‘direitos subjetivos’, na acepção mais comum da palavra”.¹⁷⁸

Não há mais dúvida de que o direito à saúde é direito social, que deve ser observado pelo Estado, de acordo com os princípios da universalidade e igualdade, por meio de gestão pública que assegure a aplicação concreta e imediata da prescrição legal, através de sistema único a operar por meio de rede regionalizada e hierarquizada, sem desconsiderar a participação da comunidade.

¹⁷⁸ Revista de Direito Público 57-58. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, p. 233.

Gera tal direito, ademais, inescusável direito subjetivo do usuário e cidadão, integrante de uma sociedade livre, justa e solidária, que visa erradicar a pobreza, a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais e preservar a inviolabilidade do direito à vida (arts. 1º, 3º, e 5º, caput, da CF).

Assim afirmam Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos:

O direito à saúde não pode se consubstanciar em vagas promessas e boas intenções constitucionais, garantido por ações governamentais implantadas e implementadas oportunamente, mas não obrigatoriamente. O direito à saúde (artigos 6º e 196) é dever estatal que gera para o indivíduo direito subjetivo público, devendo o Estado colocar à sua disposição serviços que tenham por fim promover, proteger e recuperar a saúde.¹⁷⁹

Realmente, “quando os meios jurídicos postos à disposição do indivíduo para a realização de um interesse permitem uma exigência direta, plena e específica, surge a figura do direito subjetivo, diretamente relacionada com a intensidade do interesse protegido, pois, a grosso modo, o direito subjetivo nada mais é do que “o reflexo material do dever jurídico de outro”.¹⁸⁰

Facultado, pois, ao usuário ou cidadão, pleitear em juízo o direito à saúde que lhe é garantido constitucionalmente, caso o mesmo não se vislumbre concretamente.

O pleito em juízo, contudo, vem encontrando limites, no que diz respeito à viabilização concreta do direito à saúde ante a escassez dos recursos públicos, havendo atual tendência a limitar a concessão dos direitos sociais à denominada reserva do possível, o que não deve ser admitido.

Como acima já deduzido, a dificuldade na concretização dos direitos sociais, ainda que envolva questão econômica, não poderá vir a descaracterizar a natureza destes direitos, os mesmos, que carregam em si plena e imediata efetividade.

Também vale lembrar que não pode haver tratamento desigualitário entre direitos denominados positivos e negativos, de forma que não seria viável a aplicação da denominada

¹⁷⁹ *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*, p.39

¹⁸⁰ Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 227.

“reserva do possível” tão somente ao direito da saúde ou direitos sociais e não, a exemplificar, ao direito indenizatório derivado de desapropriação.¹⁸¹

Pode-se até mesmo fazer uma previsão futura ou planejamento para que o direito suscitado em juízo seja atendido, caso não exista urgência no atendimento, mas o direito social à saúde, se presentes os requisitos legais, não poderá ser desatendido.

Assim, pode-se imaginar que em uma ação coletiva movida pelo Ministério Público, visando ao atendimento assistencial medicamentoso global e integral de todos os portadores de diabetes, inclusive no que diz respeito à assistência psicológica e nutricional, seja possível a realização de um Termo de Ajustamento para que o gestor de saúde responsável possa viabilizar a situação gradualmente em um determinado espaço de tempo, mas não se pode, em contrapartida, negar a um pleito individual a concessão de determinado tipo de insulina a um cidadão em pleito individual, em demanda, na qual se demonstra a necessidade do medicamento ao tratamento, sob pena de se comprometer a integralidade física do mesmo, ainda que este se mostre de alta complexidade ou de alto custo, pois imprescindível e eficaz ao adequado tratamento.

Ademais, a questão da escassez dos recursos públicos não deve ensejar simploriamente a aplicação da reserva do possível. Ao contrário, para que se possa aplicar a denominada reserva do possível, há que se avaliar outros elementos, mais complexos. Primeiramente, temos que avaliar a própria gestão pública do orçamento. Ora, o planejamento orçamentário deve traçar as diretrizes orçamentárias, visando a realização dos valores traçados constitucionalmente, com uso eficaz da receita e correta focalização dos gastos, sem falar na execução concreta do orçamento, que deve mostrar compatibilidade entre a previsão e a realização, o que muitas vezes não se verifica. Observa-se, muitas vezes, valores fundamentais preteridos no próprio planejamento. Outras vezes, planejado o orçamento de forma adequada e plausível, mas, embora correta a finalidade, com a focalização dos gastos de forma distorcida. Além disso, é muito comum a ocorrência de disparidade entre o planejamento orçamentário e a realização concreta do mesmo, como também de desvios de recursos e outras modalidades de corrupção.

¹⁸¹ Idéia desenvolvida por César Guimarães Pereira. *Usuários de serviços públicos*, p. 311 e ss, com a qual compartilhamos.

Ademais, a falta de recursos necessários para viabilizar a concretização do Sistema Único de Saúde, tal qual previsto constitucionalmente, não decorre necessariamente de escassez ante a infinitude de pleitos sociais. O problema da escassez de recursos públicos pode ter natureza diversa, especialmente a má gestão das políticas públicas, o que por si já implica a não possibilidade de aplicação pura e simples da denominada reserva do possível.

Ao revés, tratando-se a saúde de direito pleno, que deva ser estendido a todos, de forma ampla, integral e imediata, resta ao Estado, em todos os níveis, de forma única e coordenada, desenvolver políticas públicas a consagrar o Sistema Único de Saúde, tal qual previsto constitucionalmente, que visa justamente o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, através de rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada, importando ressaltar entendimento de Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

Tal entendimento não foge à reserva do possível, da efetiva disponibilidade de recursos na hora da prestação, entretanto, mesmo dentro dela, é necessário evitar que a autoridade se furte ao dever que lhe é imposto pelo comando constitucional. O que não é aceitável é que, em nome da reserva do possível, isto é, sob o argumento da impossibilidade de realizá-lo por questões financeiras, materiais ou políticas, o comando constitucional acabe destituído, completamente, de eficácia. É o princípio do razoável, da proporcionalidade que deve reger a sua observância e efetividade.¹⁸²

A visão, pois, seja do Legislativo, Executivo ou do Judiciário, deve ser prospectiva, a fim de se caminhar para o alcance no futuro da plenitude do sistema, com assistência ampla a todo e qualquer cidadão, e não meramente assistencial.

¹⁸² *Normas constitucionais programáticas*, p. 235.

8. AS INSUFICIÊNCIAS DO SISTEMA, A JURISDICIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O LIMITE À INTEGRALIDADE

A jurisdicionalização se reveste em fenômeno que vem ocorrendo no Brasil há alguns anos no sentido de ter havido um aumento consistente de pedidos que são deduzidos perante o Judiciário na busca de concretização de direitos sociais, mais especificamente direitos à saúde.

Há um corte no enfoque de tal fenômeno, no sentido de questionar a doutrina a atuação do Judiciário.

Parte da doutrina defende o entendimento consubstanciado na idéia de que o incremento na busca do Judiciário por direitos sociais provoca o desenvolvimento e aperfeiçoamento do próprio exercício democrático, buscando, no caso da saúde, o aprimoramento do SUS, com o fito de atingir a concretização do sistema, tal qual previsto e delineado pela Constituição Federal, que rompeu com toda a sistemática anterior, com claro caráter universalista. Assim, Marques e Dallari:

Sustentam que as políticas públicas estabelecidas em matéria de assistência à saúde devem ser conhecidas pelo Poder Judiciário ao garantir efetivamente o direito à saúde, nos casos concretos que são submetidos à sua apreciação, pois, desta maneira, seria possível conjugar os interesses individuais com os coletivos, formalizado mediante tais políticas.¹⁸³

Contudo, parte da doutrina pretende impingir idéia sobre o tema totalmente desconvergente com a acima apontada, sob o argumento de que a busca demasiada ao Judiciário colocaria em risco, ao revés, a democracia, tomando a ingerência do Judiciário na gestão administrativa do Executivo como elemento desestruturador do princípio da separação dos poderes. Em defesa desta tese, Campilongo, entendendo que a democracia pressupõe a separação entre os sistemas político e jurídico, perseguindo cada qual a sua função específica e que a “judicialização da política” e a sobreposição das decisões judiciais e do arcabouço normativo às opções políticas representariam uma ameaça à própria democracia e à

¹⁸³ Silvia Badim Marques; Sueli Gandolfi Dallari. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo: 2007, v. 41. n.2, p. 101-107. p.101; Silvia Badim Marques. A judicialização do direito à saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65-72, jul./out. 2008. p. 66.

complexidade internas desses sistemas.¹⁸⁴ Também em defesa desta tese Luís Roberto Barroso, para quem, “o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas”.¹⁸⁵

Reflete claramente o antagonismo e o atual conflito doutrinário Felipe de Souza Machado:

A recente inserção do Poder Judiciário e Ministério Público no campo da saúde pode ser percebida como uma forma de “judicialização da política”. O termo, entretanto, carece de melhor definição que permita identificar de maneira mais precisa a profundidade deste fenômeno no Brasil. Divide-se inicialmente em duas correntes de pensamento: uma que vê no ativismo político do Judiciário um empecilho para o desenvolvimento da cidadania e outra que atribui a este fenômeno uma forma de ampliação da própria cidadania. O campo da saúde brasileira tem indícios para subsidiar ambos os argumentos. O que está em jogo, portanto, é justamente o efeito dual da diversidade da judicialização da saúde.¹⁸⁶

Não é possível deixar de reconhecer que os direitos sociais, tal como o direito à saúde, estão previstos constitucionalmente, devendo ser prestados ao cidadão pelo Estado, por meio de serviços públicos, a serem desenvolvidos através de políticas econômicas e sociais, configurando os mesmos verdadeiros direitos subjetivos, e não integrantes de mera norma programática, de forma que podem ser deduzidos em juízo e devem ser tutelados pelo Judiciário.

Merece destaque, em tal sentido, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O

¹⁸⁴ O direito na sociedade complexa. São Paulo: Max Limonad, 2.000; Silvia Badim Marques. A garantia social à assistência farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 17, n. 1/3, 2006. p.213.

¹⁸⁵ *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, p.4

¹⁸⁶ Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. .9, n. 2, jul./out. 2008. p. 73.

DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.¹⁸⁷

O cidadão, através do Judiciário, simplesmente busca concretizar seu direito, não verificado na vida real, como único meio a salvaguardar a sua integridade física.

¹⁸⁷ RE-AgR393175 / RS . AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, T. 2, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 12/12/2006

A própria Constituição garante o acesso amplo ao Judiciário, através de vários dispositivos (artigo 5º, incisos XXXIV e XXXV), garantindo, inclusive, que o Estado prestará assistência jurídica e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (artigo 5º, LXXIV),¹⁸⁸ devendo, ainda, intervir, quando necessário, o Ministério Público, na defesa dos interesses individuais indisponíveis.¹⁸⁹

Ademais, nos casos em que o Judiciário vem concedendo tutela ao direito à saúde, simplesmente há aplicação do direito ao caso concreto e não criação de direito ou atuação política, com invasão à esfera privativa do executivo.

Em tal sentido, entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação – Determinação ao Estado para que forneça medicamentos específicos à autora – Sentença parcialmente procedente – Indisponibilidade do direito à saúde - Norma constitucional que impõe ao Estado a assistência à saúde dos cidadãos, independente da burocracia estatal - Prova de que é portadora de moléstia grave – Ausência de invasão do Judiciário na seara Administrativa – Preliminares afastadas – Recursos voluntários da Fazenda do Estado de São Paulo e da Municipalidade desprovidos.¹⁹⁰

Não se cria direito, por parte do Judiciário. Ao contrário, verificando-se que a hipótese concreta se subsume ao tipo legal que proporciona ao cidadão direito subjetivo público à saúde, cuja norma garantidora tem aplicação imediata (artigo 5º, parágrafo 1º), simplesmente se aplica o direito previsto legal e constitucionalmente, cabendo ao Estado o fornecimento do medicamento e/ou tratamento suscitado.¹⁹¹

Cite-se, sobre o tema, C. Neal Tate:

Existem algumas condições necessárias para que possamos identificar na realidade a expansão do Poder Judiciário. Dentre essas condições, importamos retomar três delas: 1) existência de um regime democrático; 2) separação dos poderes (coexistência e independência entre eles); e 3) política de direitos (resguardar os direitos das minorias frente à vontade da maioria). Entretanto, mesmo coexistindo na realidade uma gama destas condicionantes, não seria

¹⁸⁸ A nível estadual ou Federal o hipossuficiente tem à sua disposição a Defensoria Pública (Estadual ou Federal)

¹⁸⁹ Consagrada a legitimidade do Ministério Público na tutela do direito à saúde enquanto direito individual indisponível – AC 827.730.5/0- TJ/SP – Rel. Ricardo Dip, 11ª C.D.Públ., Julg. 06/11/08 e Registro 04/02/09, EDcl no REsp 662.033/RS – Min José Delgado, T1, Julg. 19/04/2005. DJ 13/06/2005, p.183, REsp 826.641/RS, Min. Teori Albino Zavascki, T1, Julg. 20/06/06 e DJ 30/06/06, p.187.

¹⁹⁰ TJ/SP - Apelação Cível 848.527-5/7-00, Rel. Samuel Junior, 2ª CDPúbl., Julg.16/12/08 e Registro 26/01/09.

¹⁹¹ O vocábulo Estado é utilizado, no sentido da responsabilidade ser conjunta e solidária entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (REsp 439.833/SP, T1, Ministra Denise Arruda, Julg.28/03/2006 e DJ 24/04/2006, p.354)

possível afirmar a existência da judicialização. A judicialização da política, para o autor, requer que os juízes tenham atitudes pessoais, preferências políticas e valores apropriados.¹⁹²

Assim, para que se configurasse uma ilegítima expansão judiciária, haveria que se fazer presente uma atuação do Judiciário, com nítido desvio de poder ou finalidade, o que não se verifica. Ao contrário, o que assistimos é uma atuação imprescindível e legítima, que resguarda direitos subjetivos públicos, gerando, por outro lado, fenômeno que provoca a atuação regular do Estado em prol da sociedade, sempre com a correta, razoável e proporcional ponderação dos valores fundantes da sociedade.

Verifica-se, realmente, a ocorrência no Brasil de um aumento nos pleitos judiciais para a tutela e concretização de direitos sociais, especialmente ligados à área da saúde, que têm sido concedidos pelo Judiciário, dada a urgência que o caso concreto requer e o resultado negativo e irreversível que a omissão estatal poderia configurar, expondo a integridade física dos cidadãos. Segue, então, ser razoável a intervenção do Judiciário, justamente para a concretização de direitos essenciais, previstos pelo ordenamento jurídico.

Tal aumento nos pleitos judiciais, a bem da verdade, trouxe à público a precária situação da saúde pública de nosso País, a qual é suportada com torrencial desespero pela camada social mais pobre, haja vista que acaba por ser desenvolvida uma natural seleção na sociedade, buscando aqueles que possuem uma condição econômica minimamente razoável outros caminhos, que se mostram mais eficazes na área de saúde, através, basicamente, de convênios privados. O sistema público, com gestão ineficiente, acaba destinado basicamente à população carente.

Assim, tanto o acesso à rede pública de saúde, como ao Judiciário, quando não implementado o adequado atendimento, se dá prioritariamente ao cidadão destituído de condições financeiras.

A afirmação aqui realizada é deduzida como regra geral, admitindo a interferência de exceções, o que ocorre em número bastante reduzido, até porque não é da índole humana, no bojo de uma sociedade desenvolvida, a opção por caminhos mais espinhosos em lugar de

¹⁹² C. Neal Tate. Why the expansion of judicial power? In: Torbjorn Vallinder (Org). The global expansion of judicial power. NY: New York University Press, 1995, p.27; Felipe Rangel de Souza Machado. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, Vol.9, N.2, Jul/Out 2008, CEPEDISA, Ltrp. 81.

opções mais tranquilas e eficientes. Realmente, não se busca o Judiciário por simples diletantismo.

A par de honrosas exceções, veremos a busca por tratamento e/ou ações medicamentosas, por parte de cidadãos necessitados, que visam à tutela do direito não só à dignidade, mas à própria vida.

O Judiciário, por sua vez, deve reconhecer o direito à saúde em sua plenitude, no sentido de conceder a máxima eficácia deste direito fundamental, de acordo com os princípios basilares da Constituição Federal, bem como a integralidade preconizada pelo SUS implantado, a cargo da responsabilidade solidária e conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Deve englobar, pois, medicamentos imprescindíveis ao tratamento médico de cidadão, independentemente de constar em lista oficial.

Em tal sentido, a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a qual regula e fiscaliza a produção, bem como a distribuição de medicamentos, disponibiliza uma relação nacional de medicamentos essenciais (RENAME), através da qual há a orientação para prescrição, padronização e abastecimento de medicamentos, como também serve como base para as listas dos estados e municípios.

A relação nacional de medicamentos (RENAME), então, contém discriminação, seguindo, inclusive, conteúdo de política pública adotada, dos medicamentos básicos e indispensáveis à população, ou seja, os medicamentos essenciais, os quais, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), “são aqueles que satisfazem às necessidades prioritárias da população”.

Ora, tal listagem, realizada de acordo com alguns critérios, tais como conter menor risco e baixo custo, tanto de aquisição, quanto de tratamento, possuir preponderantemente um único princípio ativo, ter valor terapêutico comprovado, de fato, pode estar direcionada às necessidades básicas, não envolvendo todas as moléstias e gravames dos administrados.

A OMS, inclusive, prevendo tal ocorrência, recomenda revisão a cada 02(dois) anos. Efetivamente, no Brasil, foi realizada a atualização da listagem RENAME pela Portaria 2012, de 24/09/08, a qual revela conteúdo substancialmente similar à original.

A verdade é que a listagem oficial, seja em nível federal, estadual ou municipal, não tem o condão de abarcar a necessidade social como um todo, até porque é baseada nas necessidades prioritárias.

Assim, a tutela judicial deve ser a mais ampla possível, inclusive no sentido de exigir do Poder Público o fornecimento de medicamento adequado e necessário ao tratamento pleiteado por cidadão, a justificar a sua integridade física, independentemente de figurar em lista oficial pública.

A jurisprudência está em consonância com tal entendimento:

O não preenchimento de mera formalidade – no caso, inclusão de medicamento em lista prévia – não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado. Precedentes desta Corte.¹⁹³

Interessante decisão foi proferida, também, em igual sentido, pelo TRF, 3ª Turma, da 4ª Região, que confirmou decisão proferida em primeiro grau no bojo de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, condenando a União, o Estado de Santa Catarina e o Município de Chapecó (SC) a fornecer a todas as pessoas os medicamentos necessários para o tratamento de sua saúde, independentemente de constar na Relação nacional de Medicamentos – RENAME, sustentando o Desembargador Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz que a justificativa de que o fornecimento afetaria a sistemática de distribuição estabelecida pelo SUS, seria “uma forma de dissimular a violação do direito à saúde e, conseqüentemente, ao princípio da pessoa humana”¹⁹⁴

Efetivamente, não se justifica o não reconhecimento do direito à saúde para resguardar a integridade da própria vida de um determinado cidadão que necessita de medicamento imprescindível para tratamento, caso não esteja incluído em lista oficial, se esta não tem o condão de ser absoluta, mas, ao contrário, prevê distribuição de medicamentos às necessidades básicas e prioritárias.

Ademais, apesar de poucas pesquisas científicas e numéricas, há trabalhos que já apontam que dentre as ações contra o Município de São Paulo analisadas, 62% versavam

¹⁹³ REsp 684646/RS, T 1, rel. Min Luiz Fux, Jul. 05/05/2005, DJ 30/05/2005, p.247

¹⁹⁴ AI 2002.04.01.055409-6/SC –, 3ª Turma do TRF da 4ª Região – Expresso da Notícia – 14/08/2003

sobre medicamentos constantes nos serviços ofertados pelo SUS,¹⁹⁵ como também que dentre os processos pesquisados, somente 9,6% tratavam de medicamentos sem registro na ANVISA.¹⁹⁶

Tal fato demonstra claramente a busca do Judiciário, em regra, no implemento de tratamentos e medicamentos de estrutura básica e padrão, cuja gestão pública é incapaz de propiciar, por falta de implementação de políticas minimamente eficientes, o que não pode vir a comprometer a integridade física do cidadão, bem maior a ser resguardado.

Claro que não se pode almejar um sistema de saúde absolutamente perfeito, mas o fato é que não há uma gestão pública séria e preocupada em buscar uma eficácia mínima no campo da saúde.

A judicialização deve ser tratada, como um exercício da democracia a assegurar um mínimo de dignidade, a provocar o executivo a buscar uma gestão das políticas públicas mais eficaz, capaz de contemplar ao menos a integridade física dos administrados. O que se busca pela judicialização, nesta seara de atuação, relativamente ao direito à saúde, é bom que se diga, não é a concretização de prerrogativas utópicas, mas tão somente condições mínimas de saúde, a evitar o próprio perecimento humano, com a idéia de prospeção e alargamento da eficácia, cabendo justamente ao Judiciário o papel relevante da interpretação dos fatos e fundamentos do direito no caso concreto, ponderando os valores em jogo, de acordo, especialmente, com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Tal não significa afirmar a não existência de parâmetros que devem ser examinados a cada caso concreto.

Assim, em princípio, devem ser concedidos medicamentos pelo Judiciário em face do Estado, medicamentos esses registrados em órgão de vigilância sanitária nacional, tal como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), exceto se comprovada a intolerância da droga nacional regulamentada, bem como, por outro lado, a presença de

¹⁹⁵ Fabiola Sulpino Vieira; Paola Zuchi. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública*, v. 41, n.2, 2007, p.214; Silvia Badim Marques. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 19, n.2, jul./out. 2008. p. 69.

¹⁹⁶ Silvia Badim Marques; Sueli Gandolfi Dallari. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, ; Silvia Badim Marques. A judicialização do direito à saúde. *Revista de Direito Sanitário*, p.69

prescrição médica detalhada que indique a adequação e indispensabilidade do medicamento importado e/ou não registrado.¹⁹⁷

Devem também ser ministrados medicamentos pelo princípio ativo, de forma a viabilizar a utilização do medicamento pelo melhor preço oferecido pelo mercado (os denominados genéricos), mas sempre com a preocupação de que o medicamento deverá ser o mais adequado ao caso concreto, para que sempre responda à finalidade do tratamento. Desta forma, caso exista medicamento similar, que seja proporcionado pelo SUS, e que comprovadamente alcance os mesmos resultados, sem comprometimento no efeito final terapêutico, poderá o mesmo ser ministrado, cabendo o ônus da prova ao Estado.

Finalmente, o tratamento deve ser realizado em nível nacional, mas caso não exista para o caso concreto o tratamento adequado e eficaz, deve ser resguardado o tratamento, excepcionalmente, fora do Brasil, desde que devidamente comprovada a necessidade e imprescindibilidade do mesmo.¹⁹⁸

Assim, o papel do Judiciário no campo da saúde é de vital importância, não devendo deixar de reconhecer o direito subjetivo público individual, nem descuidar do coletivo, mas sempre avançando, através da provocação ao Executivo para que possa, finalmente, apresentar uma política pública eficaz, com o intuito progressivo apontado pela Constituição Federal na seara da saúde.

Como pontua Felipe Rangel de Souza Machado, “esta nova participação tem se orientado pela noção do que podemos chamar de “cidadania complexa”, segundo a qual “a atividade dos agentes do sistema jurídico, bem como a dos agentes sociais em direção a ele, são interpretadas enquanto ação política que busca, no plano da aplicação do direito, soluções e resoluções para dilemas oriundos de conflitos sociais”.¹⁹⁹

O ideal é buscar uma gestão, por parte do Estado, neutra e eficaz, desde o planejamento orçamentário, com a eleição das prioridades dirimidas pela própria ordem constitucional, direcionamento e focalização adequados das receitas, e uma fiscalização, seja

¹⁹⁷ STF, SS 3205/AM, Pres. Ministra Ellen Gracie, j. 31.5.2007

¹⁹⁸ STF SS 2998/RN, Suspensão de Segurança, Pres. Min. Ellen Gracie, j. 19.11.2006

¹⁹⁹ Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, p. 75; José Eisenberg. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: Luiz Jorge Weneck Viana (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 46.

por parte da sociedade, seja por parte dos órgãos públicos, mais ativa, com resultados positivos ante fenômenos como a corrupção, de forma a viabilizar políticas públicas que conjuguem os interesses individuais e os sociais, perfazendo um todo a conferir a todos os cidadãos vida mais digna.

Em tal sentido, a judicialização, como fenômeno que traduz o aumento de pleitos judiciais a permitir a consagração do direito individual à integridade física só permite o aperfeiçoamento do estado democrático brasileiro.

9. CONCLUSÕES

O tema direito à saúde foi desenvolvido no decorrer do presente trabalho, a partir da conotação de elemento integrante dos direitos fundamentais, no bojo da Constituição Brasileira.

Assim, tornou-se imprescindível o desenrolar histórico dos direitos fundamentais e as sucessivas gerações, passando a ter destaque os anseios sociais, com o surgimento dos denominados direitos de segunda geração (direito à saúde, à educação), como também dos direitos da terceira geração, ligados á fraternidade e à solidariedade (direitos coletivos e difusos).

Em tal passo, os direitos sociais passam a exigir condutas positivas do Estado para viabilizar as necessidades da sociedade. Contudo, hoje é possível afirmar que nem sempre os direitos sociais refletem direitos positivos, podendo implicar, igualmente, ações negativas. Podem, ainda, ser oponíveis ao Estado, como também aos particulares, além de carregarem dupla conotação, de âmbito individual ou coletivo.

Resta claro, porém, que a carga prestacional dos direitos sociais é preponderante, sendo necessária a intervenção do Estado para a realização dos direitos de índole coletiva, os quais serão realizados basicamente por meio dos serviços públicos.

Houve, inclusive, sob o enfoque histórico, um excesso no intervencionismo estatal, que passou a causar conseqüências graves, tal como o déficit público, entre outros.

A intervenção estatal, dentro de tal quadro, passou a sofrer transformações, até chegar a atingir a denominada ‘crise dos serviços públicos’. Houve intensa proclamação por menor intervenção do Estado. Há quem chegue a sustentar na doutrina, inclusive, a não mais existência dos serviços públicos. Tal, contudo, não se sustenta, especialmente no Brasil.

A denominada ‘crise do serviços públicos’ ganhou supedâneo com movimento advindo da Europa, através do Direito Comunitário, desenvolvido com base nos princípios do

livre comércio e da livre concorrência, através do qual sofreu o conceito de serviço público transformações substanciais.

Tal, contudo, não leva à inexistência dos serviços públicos, nem mesmo nos Países Europeus signatários do Direito Comunitário.

No Brasil, contudo, não há dúvida da permanência dos serviços públicos, até mesmo em decorrência de uma conotação presente na própria sistemática constitucional.

Ademais, apesar de existir grande controvérsia a despeito da permanência da constituição dirigente, assim idealizada por J.J. Canotilho, a carta constitucional do Brasil, assim como ocorre em outros Países emergentes, que ainda apresentam carências intensas no tocante aos direitos sociais básicos do ser humano, ainda permanece válida como constituição dirigente.

A idéia é justamente buscar, por meio de uma constituição dirigente, que reclama maior intervenção do estado, a diminuição das desigualdades sociais e miséria intensa, o que já se encontra relativamente superado em Países desenvolvidos, nos quais ao menos o mínimo dos direitos a configurar a dignidade humana de seus cidadãos já se encontra configurado, a tornar viável o debate a respeito da superação e revisão da constituição dirigente.

Desta forma, em que pese a esfera do direito administrativo apresentar mudanças radicais, especialmente na Europa, havendo em nosso País, logicamente, influência direta dos fenômenos externos, tal como ocorreu com a avalanche de privatizações na própria esfera pública, com início no Governo Fernando Henrique, há que se notar que no Brasil ainda se faz presente uma constituição tradicional, ampla e diretiva, exercendo a existência do serviço público papel relevante na concretização de necessidades sociais.

Realmente, não se pode mesmo falar em superação ou inexistência de serviço público ante uma base constitucional do serviço público.

Desta feita, cabe ao estado brasileiro a responsabilidade pelos serviços públicos, ficando resguardado ao cidadão o direito fundamental ao serviço público adequado, de acordo com o que prescreve o próprio texto constitucional.

No caso concreto, o objeto do trabalho se restringe especificamente ao direito à saúde, que configura direito social agasalhado constitucionalmente, que deve ser garantido pelo Estado, através de serviço público, de forma gratuita, a garantir o atendimento integral, com caráter igualitário e universal.

O serviço público, efetivamente, é instrumento concretizador dos direitos fundamentais básicos do ser humano, a proporcionar vida digna ao ser humano, sendo clara a configuração do direito à saúde como tal.

Configura, ainda, o direito à saúde, direito subjetivo, que pode ser deduzido em juízo pelo cidadão ou usuário, quando o direito não for atendido concretamente.

O problema maior dos direitos sociais, contudo, é a falta de aplicabilidade e efetividade dos direitos sociais, apesar do texto constitucional conter disposição expressa a respeito da efetividade e aplicabilidade imediata.

Papel de relevância fica resguardado ao Judiciário, em tais circunstâncias, que deve atuar em prol dos valores constitucionais, visando sempre construir uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, e com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza.

Em tal ponto, a interpretação exsurge como ponto fundamental na atuação do Judiciário, que tem por alicerce vários princípios a orientar tal tarefa, tais como o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, como também o princípio da máxima efetividades dos direitos fundamentais.

Revela a interpretação constitucional, desta forma, papel de destaque na posição de instrumento para a concreta e efetiva realização dos direitos fundamentais sociais e econômicos, cabendo justamente ao Judiciário a atividade interpretativa, que deve buscar

uma melhor adequação da lei às transformações sociais no âmbito de uma sociedade dinâmica.

Tal não significa atuar além dos parâmetros legais. Ao contrário, requer uma atuação, de forma a interpretar cada caso concreto, com a aplicação e interpretação da lei respectiva.

Verificado em concreto o pleito ao direito à saúde e, desde que comprovada a necessidade de tratamento e/ou medicamento a viabilizar a integridade física do usuário, não há como não se conceder a tutela judicial.

O fato da limitação orçamentária do Estado não pode servir à limitação de um direito pleno, configurado constitucionalmente, cuja aplicabilidade deve ser imediata, conforme prescreve clara e expressamente o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal.

Ademais, não se pode limitar um direito encampado pela ordem constitucional como essencial ao exercício da cidadania e dignidade da pessoa humana, com a aplicação simplista da denominada “reserva do possível” e restrita aos direitos sociais. Efetivamente, não pode haver tratamento desigualitário entre os direitos denominados positivos e negativos, de forma que não seria viável a aplicação da denominada “reserva do possível” tão somente ao direito da saúde e não, a exemplificar, ao direito indenizatório derivado de desapropriação. Assim sendo, ou aplica-se indistintamente a denominada reserva do possível, ou aplica-se a todos os direitos ou, ainda não se aplica restritivamente aos direitos sociais, os quais, vale dizer, devem prevalecer sobre outros direitos que não sejam de índole fundamental, de acordo com as diretrizes traçadas pela própria ordem constitucional.

Importante, ainda, considerar, que o problema da escassez dos recursos públicos deve ser visualizado pelo seu aspecto global, buscando configurar as respectivas causas intrínsecas ao mesmo. Deve ser constatado se houve um correto planejamento do orçamento público na realização dos desígnios constitucionais. Em tal sentido, fenômenos como a corrupção, execução orçamentária desconectada com o planejamento, má uso das receitas públicas, bem como a falta de controle efetivo e fiscalização da gestão pública podem estar comprometendo as receitas públicas.

A correta focalização por parte do Poder Público e a gestão pública adequada na realização dos desígnios constitucionais democráticos podem, por certo, assegurar a máxima efetividade às normas sociais, de forma que se possa diminuir a miséria e as desigualdades sociais gritantes no País.

Inclusive, viável se faz o questionamento perante o Judiciário até mesmo na fase do planejamento orçamentário, tudo no sentido de salvaguardar o interesse público e as necessidades sociais, devendo ser considerada, ainda, a relevância dada aos direitos fundamentais.

Assim, desde não exista prova efetiva que justifique a aplicação da denominada cláusula da reserva do possível, não pode a mesma ser utilizada para afastar direito fundamental do cidadão, consistente no direito à saúde, cuja aplicabilidade deve ser imediata, deduzido perante o Poder Judiciário, para resguardar a integridade física.

Em tal sentido, a judicialização, como fenômeno que traduz o aumento de pleitos judiciais a permitir a consagração do direito individual à integridade física, só permite o aperfeiçoamento do estado democrático brasileiro e a eficiência na gestão pública, que passará a buscar a concretização das reais necessidades da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. Finanças públicas, democracia e accountability. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (org.). *Economia do Setor Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALESSI, Renato. *Le prestazioni amministrative rese ai privati*. Milano: Giuffrè, 1946.

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

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: Ricardo Lobo Torres (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva.

_____. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

AREND, Márcia Águia. Direitos humanos e tributação. In: Ubaldo César Balthazar; Marcos Rogério Palmeira (orgs). *Temas de direito tributário: estudos em homenagem ao Professor Índio Jorge Zavarizi*. Florianópolis: Fundação Boiteux.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar . *La regulación económica*. Bueno Aires: Ábaco, 1996.

_____. Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación). In: Gaspar Ariño Ortiz; J.M.de La Cuétera; J.L.Martínez López-Muñiz . *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Colaboração de Juan Miguel de la Cuétara Martínez e Lúcia López de Castro García-Morato. Granada: Comares, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (coords.). *Serviços públicos: estudos dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense.

BALTHAZAR, Ubaldo César; PALMEIRA, Marcos Rogério (orgs). *Temas de direito tributário: estudos em homenagem ao Professor Índio Jorge Zavarizi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, jan./jun. 1981.

_____. *Discrecionariade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto . *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

_____. Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org). *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____. *Curso de direito financeiro e tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

_____; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (orgs).. *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLIS, Mônica. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 8, n. 3, nov./fev. 2007/2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOURGES, Fernanda Schuhli . Transformações nos serviços públicos e a prestação por particulares. In: *Serviços públicos: estudos dirigidos*. Romeu Felipe Bacellar Filho e Luiz Alberto Blanche (Coord). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Instituições, bom estado e Reforma da Gestão Pública. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (org.). *Economia do Setor Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CALIERI, Claudia Helena; PAZELLO, Elaine Toldo. Efeito distributivo das políticas sociais. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (org.). *Economia do Setor Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAMPILONGO, Celso. O direito na sociedade complexa. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislativo: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPISTRANO FILHO, David. *Da saúde e das cidades*. São Paulo: Hucitec, 1995.

CARVALHO, Cristiano; MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. *Direito sanitário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 3. ed. São Paulo: Unicamp, 2001.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COHN, Amélia; ELIAS, Paulo (coords). *O público e o privado: o PAS em São Paulo*. São Paulo: Cortez, 1999.

CRUZ, Flávio da (coord). *Lei de responsabilidade fiscal comentada*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde - Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, 2003. v. 1.

_____. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

_____. A participação popular e o direito à saúde no sistema nacional de saúde brasileiro *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo. v.6. n.1/3. p.9-24. 2005

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.v. 3.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: Luiz Jorge Weneck Viana (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. Série Jurídica Max Limonad n.1.

FERRAZ Junior, Tércio Sampaio. Regras para a eficácia constitucional. *Revista da OAB*.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva.

_____. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil. Direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GALINDO, Bruno. *Teoria intercultural da Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador. In Vital Moreira (org.). *Estudos de regulação pública*. Coimbra: Coimbra Editor, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 221-244.

GRECO, Marco Aurélio. *Dinâmica da tributação: uma visão funcional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas*, n.2, p. 103-141, 2000.

GUERRA FILHO, Santiago Willis (coord). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris, 1997.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

KOSHIBA, Luiz. *História - origens, estruturas e processos*. 4. ed. São Paulo: Atual, 2.000.

LIMA, Ruy Cirne. *Pareceres: Direito Público*. Porto Alegre: Sulina, 1963.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 2, jul./out, 2008.

J.M. de la Cuetera Martínez. Tres postulados para el nuevo servicio público. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar.; CUÉTERA, J.M.de La; LÓPEZ_MUÑIZ, J.L.Martínez . *El nuevo servicio público*. Madrid : Marcial Pons, 1997.

MARQUES, Silvia Badim. A judicialização do direito à saúde. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65-72, jul./out. 2008.

_____. A garantia social à assistência farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 17, n. 1/3, 2006.

_____; DALLARI, Sueli Gandolfi. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo: 2007, v. 41. n. 2, p. 101-107.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, funções e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAUÉS, Antonio G Moreira (org). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MOREIRA, VITAL (coord). *Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado regulador. Estudos de regulação pública*. Coimbra: Coimbra Editor, 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1.988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2.001

_____. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

_____. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade social na Constituição de 1988*. São Paulo Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PEREIRA, César A Guimarães. *Usuários de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira. *Direito sanitário. A relevância do controle nas ações e serviços de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. In: André Ramos Tavares (coord.). *Constituição Federal – 15 Anos: mutação e evolução*. São Paulo: Método, 2003.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense.

QUEIROZ, Cristina M. *Direitos fundamentais* (Teoria Geral). Coimbra: Coimbra, 2002.

_____. *Direitos Fundamentais Sociais: Questões Interpretativas e Limites de Justiciabilidade*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.) . *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

REZEK NETO, Chade. *O princípio da proporcionalidade*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Direito sanitário*. In: Vidal Serrano Nunes Júnior (coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009.

ROGAT, Andres Vasquez. *Responsabilidad del Estado por sus servicios de salud*. Santiago de Chile: CONOSUR, 1999.

ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. 2. ed. São Paulo: UNESP, ano.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros

_____. *A Lei. Coletânea Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2,

_____. *Orçamento: programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Corrupção e produção de bens públicos*. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (org.). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

SOARES. José Eduardo Soares. *Contribuições sociais no sistema tributário*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços públicos e regulação estatal. Introdução às agências reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A V Alves; LENZA, Pedro (coords.). *Constituição Federal 15 anos. Mutação e evolução*. São Paulo: Método, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública*, v. 41, n.2, 2007.

VIGNOLI, Francisco Humberto. Legislação e execução orçamentária. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (org.). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

WEICHERT, Marlon Alberto . *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Direito à saúde intrínseco ao campo da seguridade social. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo. v.6. n.1/3, p.62-72. 2005.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WEISS, Fernando Lemme. *Princípios tributários e financeiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.