**Universidade de São Paulo
Faculdade de Saúde Pública**

**O Dever do Estado na Efetivação do Direito à
Saúde: Os papéis dos Poderes Executivo,
Legislativo e Judiciário**

Mariana Fordellone Rosa Cruz

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós Graduação em Saúde da Faculdade de
Saúde Pública da Universidade de São
Paulo para obtenção do título de Mestre em
Ciências.

Área de concentração: Serviços de Saúde
Pública

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Sueli Galdolfi Dallari

**São Paulo
2014**

O Dever do Estado na Efetivação do Direito à Saúde: Os papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário

Mariana Fordellone Rosa Cruz

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Saúde da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de concentração: Serviços de Saúde Pública

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Sueli Galdolfi Dallari

**São Paulo
2014**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na sua forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida **exclusivamente** para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação da autora, título, instituição e ano da dissertação.

Dedico este trabalho à memória do Professor Doutor Almério de Castro Gomes, fonte de inspiração e mote para o implemento e continuidade dessa pesquisa.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado forças desde o início e também por tê-las renovado quando eu não mais as tinha.

Ao Professor Doutor Almério de Castro Gomes (*in memoriam*), por ter aceitado o desafio da realização dessa pesquisa, inspirando-se na busca de novos saberes.

Ao Professor Doutor Fernando Mussa Abujamra Aith, por ter me incentivado quando eu pensei em desistir, por ter apontado novos caminhos a serem trilhados, e por ter me mostrado que era possível e que eu conseguiria.

À Professora Doutora Sueli Gandolfi Dallari, por ter aceitado a missão de me orientar, tendo confiado na minha capacidade de seguir em frente, mesmo diante das dificuldades.

Ao Professor Doutor Vidal Serrano Nunes Júnior, por ter apresentado importantes considerações e sugestões à minha pesquisa, tornando-a mais rica e completa.

Ao Professor Doutor Paulo Capel Narvai, pelas conversas e dicas, pelo fornecimento de materiais e pelo acompanhamento da minha pesquisa.

Às Secretárias do Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário e do Departamento de Serviços de Saúde, Silmara e Livia, pela atenção em todos os momentos.

À Professora Doutora Eunice Bianchi Galati e ao seu monitor e amigo, Fredy Galvis Ovallos, pelo apoio incondicional.

Às amigas Lília e Aline, e suas famílias, que me acolheram e ajudaram sempre que foi necessário.

Aos meus pais, Mariza e Roberto, aos meus irmãos, Carolina e Gabriel, estejam presentes em todos os momentos.

Ao meu marido, Clayton, por ter me acompanhado em cada uma das etapas dessa pesquisa, sendo o meu ponto de apoio e segurança nas ocasiões mais difíceis que passei.

CRUZ MFR. O dever do estado na efetivação do direito à saúde: Os papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. [Dissertação de Mestrado]. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 2014.

RESUMO

Introdução: O direito sanitário esbarra na noção precípua do conceito de “saúde” e mais especificamente, na definição de seu conceito jurídico, cujo significado permite delimitar os limites do exercício da saúde enquanto direito dos cidadãos e dever do Estado. **Objetivo:** O presente trabalho teve como principal objetivo compreender o dever constitucional à saúde, instituído pelo artigo 196 da Constituição Federal de 1988, o qual se volta à garantia de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, tanto no aspecto promocional, quanto protetivo e preventivo. **Métodos:** Revisão bibliográfica relacionada ao Direito da Saúde, Estado Democrático de Direito, Efetivação dos Direitos Humanos, Poderes do Estado; Pesquisa legislativa, no âmbito nacional; Revisão bibliográfica sobre judicialização da saúde; E levantamento das principais políticas de saúde normatizadas pelo Poder Executivo, em nível federal. **Resultados.** Tal dever desdobra-se entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, impondo-se a cada um deles uma gama de atribuições para o seu devido cumprimento. Ao Legislativo incumbe a criação de leis regulamentadoras dos direitos previstos na Constituição, ao Executivo, a escolha das prioridades na área de saúde para a promoção de políticas públicas e ao Judiciário, a complementação dos demais poderes, coibindo omissões e abusos. **Conclusões.** Além dos poderes estatais, a responsabilidade pela efetiva implementação do direito à saúde também compete à comunidade, a qual deve participar das instâncias de participação popular criadas, delineando suas necessidades em saúde.

Descritores: Direito à Saúde. Dever estatal. Poder Executivo. Poder Legislativo. Poder Judiciário.

CRUZ MFR. The State's duty in the realization of the right to health: The roles of Executive, Legislative and Judicial powers. [Dissertação de Mestrado]. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 2014.

ABSTRACT

Introduction: The right to health care is hindered by the primary concept of "health" and more specifically, in the definition of its legal concept whose meaning allows to define the limits of the exercise of health as a right of the citizens and the State's duty. **Objective:** The present study had as its main objective to understand the constitutional duty to health, established by Article 196 of the Federal Constitution of 1988, which focuses on the guarantee of universal and equal access to actions and health services including the promotional aspect as well as protective and preventive measures. **Methods:** Review of the literature related to Health Law, Democratic State, Enforcement of Human Rights, the State's Powers; Legislative research, at the national level; Bibliographic review of judicialization of health; And survey of the main policies of health established by the Executive Branch, at the federal level. **Results:** This duty unfolds between the Legislative, Executive and Judiciary, imposing to each one of them a range of tasks. The legislature is responsible for the creation of laws regulating the rights provided by the Constitution; the Executive Branch makes the choices of health priorities for the promotion of public policies and to the Judiciary complements the action of the other powers, watching for omissions and abuses. **Conclusions:** In addition to the responsibility of the state powers, the effective implementation of the right to health also remains on the acting of the community that should participate in the instances of popular participation, outlining the real needs in health.

Descriptors: Right to health. State's Duty. Executive. Legislative. Judiciary.

ÍNDICE

1 INTRODUÇÃO	14
2 JUSTIFICATIVA	17
3 OBJETIVOS	21
4 METODOLOGIA	22
5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA	23
5.1 AS FORMAS DE ESTADO E DE GOVERNO	23
5.2 ESTADO E SEPARAÇÃO DOS PODERES	22
5.2.1 Origem, Evolução e Novo Princípio da Separação dos Poderes	41
5.3 OS DIREITOS HUMANOS E O DEVER DO ESTADO PARA A SUA EFETIVAÇÃO AO LONGO DA HISTÓRIA	64
5.3.1 A Institucionalização dos Direitos e Garantias Fundamentais no Brasil	70
5.4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	73
5.4.1 A Eficácia dos Direitos Sociais na Constituição Brasileira	83
5.5 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	99
5.5.1 A Evolução do Direito à Saúde Nas Constituições Brasileiras	99
5.5.2 O Conteúdo do Conceito do Direito à Saúde	107
5.6 A SAÚDE PÚBLICA, O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O DIREITO À SAÚDE: DIRETRIZES E LIMITES CONSTITUCIONAIS	112
5.7 O DEVER DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO	145
5.7.2 O Papel do Poder Executivo	145
5.7.2.1 Portaria nº 2.203/1996 do Ministério da Saúde: NOB	145
5.7.2.2 Portaria nº 373/2002 do Ministério da Saúde: NOAS	160
5.7.2.3 Portaria nº 399/2006 no Ministério da Saúde: Pacto Pela Saúde	166
5.7.1 A Função do Poder Legislativo	176
5.7.1.1 A Lei nº 8.080/1990	176
5.7.1.2 A Lei nº 8.142/1990	174
5.7.1.3 O Decreto nº 7.508/11	188

5.7.1.4 A Lei Complementar nº 141/2012	192
5.7.1.5 O Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito- Medicamentos	211
5.7.3 O Desempenho do Poder Judiciário	212
5.7.3.1 O Direito Social e o Direito Público Subjetivo a Prestações de Saúde	214
5.7.3.2 A Judicialização da Saúde	229
5.7.3.3 Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça	231
6 RESULTADOS DE PESQUISA: A ATUAÇÃO DOS PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	232
7 DISCUSSÃO	242
7.1 Direito Sanitário: Um Novo Campo De Atuação	242
7.2 Obstáculos E Desafios Do Estado Para A Plena Efetivação Do Direito À Saúde	253
REFERÊNCIAS	258
CURRÍCULO LATTES	264

SIGLAS UTILIZADAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIH	Autorização de Internação Hospitalar
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APAC	Autorização de Procedimentos de Alto Custo
ART	Artigo
ARTS	Artigos
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	Constituição Federal
CIB	Comissão Intergestores Bipartite
CIPLAN	Comissão Interministerial de Planejamento e Coordenação
CID	Classificação Internacional das Doenças
CIR	Comissão Intergestores Regional
CIT	Comissão Intergestores Tripartite
CEME	Central de Medicamentos
CES	Conselho Estadual de Saúde
CMS	Conselho Municipal de Saúde
CNES	Cadastro Nacional de Estabelecimentos e Profissionais de Saúde
COAP	Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde
CONFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CONASEMS	Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde
CONASS	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
CONEP	Comissão Nacional de Ética em Pesquisas
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias
COSEMS	Conselho de Secretarias Municipais de Saúde
CMS	Conselho Municipal de Saúde
CNDSS	Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde

CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNES	Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde do Brasil
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
DF	Distrito Federal
DPVAT	Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres
DSEI	Distrito Sanitário Especial Indígena
DST	Doença Sexualmente Transmissível
EC	Emenda Constitucional
ESF	Estratégia Saúde da Família
EUA	Estados Unidos da América
FAE	Fração Assistencial Especializada
FIDEPS	Fator de Incentivo ao Desenvolvimento do Ensino e Pesquisa em Saúde
FNS	Fundo Nacional de Saúde
FUNASA	Fundação Nacional de Saúde
GLBTT	Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros
GPAB-A	Gestão Plena da Atenção Básica Ampliada
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDSUS	Índice de Desempenho do SUS
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
IVISA	Índice de Valorização do Impacto em Vigilância Sanitária
IVR	Índice de Valorização de Resultados
IVH-E	Índice de Valorização Hospitalar de Emergência
LC	Lei Complementar
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LOS	Lei Orgânica da Saúde

LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MC	Atenção de Média Complexidade
NOAS	Norma Operacional da Assistência à Saúde
NOB	Norma Operacional Básica do SUS
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONG	Organização Não Governamental
OS	Organização Social
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PAB	Piso da Atenção Básica
PACS	Programa de Agentes Comunitários de Saúde
PBVS	Piso Básico de Vigilância Sanitária
PCCS	Plano de Carreira, Cargos e Salários
PNAD	Pesquisa Nacional por Amstras de Domicílios
PDAVS	Programa Desconcentrado de Ações de Vigilância Sanitária
PDR	Plano Diretor de Regionalização
PIB	Produto Interno Bruto
PNI	Programa Nacional de Imunizações
PNS	Plano Nacional de Saúde
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PPA	Plano Plurianual
PPI	Programação Pactuada e Integrada
PSF	Programa Saúde da Família
RDA	Revista de Direito Administrativo
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
RENASES	Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde
RESP	Recurso Especial
RNLSP	Rede Nacional de laboratórios de Saúde Pública
SAS	Sistema de Assistência à Saúde
SCJ	Sistema de Controle Jurídico
SIA	Sistema de Informações Ambulatoriais
SIH	Sistema de Informações Hospitalar

SIM	Sistema de Informação sobre Mortalidade
SINAN	Sistema de Informação sobre Agravos de Notificação
SINASC	Sistema de Informação sobre Nascidos Vivos
SI-PNI	Sistema de Informação do Programa Nacional de Imunizações
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SES	Secretarias Estaduais de Saúde
SIH	Sistema de Informações Hospitalares
SIOPS	Sistema de Informações Sobre Orçamento Público em Saúde
SNA	Sistema Nacional de Auditoria
SUS	Sistema Único de Saúde
SVS	Secretaria da Vigilância Sanitária
TAS	Termo de Ajustamento Sanitário
TCU	Tribunal de Contas da União
TFA	Teto Financeiro da Assistência
TFAE	Teto Financeiro da Assistência do Estado
TFAM	Teto Financeiro da Assistência do Município
TFD	Tratamento Fora do Domicílio
TFECD	Teto Financeiro da Epidemiologia e Controle de Doenças
TFG	Teto Financeiro Global
TFGE	Teto Financeiro Global do Estado
TFGM	Teto Financeiro Global do Município
TFVS	Teto Financeiro da Vigilância Sanitária
TJ	Tribunal de Justiça
UBS	Unidade Básica de Saúde
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância
UPS	Unidades Prestadoras de Serviços de Saúde

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – Atos Normativos relacionados à saúde expedidos pelo Poder Legislativo Federal por ano	232
FIGURA 2 – Decisões Judiciais por Tribunal de Justiça buscando a expressão “direito à saúde”	233
FIGURA 3 – Decisões judiciais nos principais Tribunais de Justiça buscando a expressão “direito à saúde”	234
FIGURA 4 – Principais Políticas Nacionais de Saúde criadas desde 1973 a 2014	238
FIGURA 5 – Recursos Humanos no SUS no ano de 2012	255
FIGURA 6 – Distribuição dos Médicos no Brasil no ano de 2012	255

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 - Decisões Judiciais por Tribunal de Justiça buscando a expressão “direito à saúde”	234
QUADRO 2 - Decisões judiciais nos principais Tribunais de Justiça buscando a expressão “direito à saúde”	235
QUADRO 3 – Principais políticas públicas relacionadas à saúde de 1973 a 2014	236

1 INTRODUÇÃO

O direito sanitário, enquanto ramo autônomo do conhecimento, esbarra na noção precípua do conceito de “saúde” e mais especificamente, na definição de seu conceito jurídico, cujo significado permite delimitar os limites do exercício da saúde enquanto direito dos cidadãos e dever do Estado.

Relativamente ao “conceito de saúde”, a Organização Mundial de Saúde (OMS), conceitua-a como “Um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Já no pertinente ao “conceito jurídico de saúde”, o artigo 196, da Constituição Federal brasileira vigente preleciona: “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”.

A despeito do conteúdo indeterminado de “saúde”, que adota a maior amplitude possível na definição de seu conceito, pode-se afirmar que a saúde é um dever estatal expressa e constitucionalmente previsto e, portanto, impõe ao Estado o dever de efetivação desse direito aos indivíduos.

Imperativo se torna pontuar que, não obstante o poder estatal seja uno e indivisível, a sua “separação” em funções estatais (executiva, legislativa e judiciária) garante a soberania popular e empreende a eficiência do Estado. De igual modo, a responsabilidade pelas ações ou omissões do Estado deve recair sobre as três funções ou poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), nos três níveis de governo (Federal, Estadual e Municipal), todos assumindo sua quota legal no direito-dever da saúde, ou seja, na criação, regulamentação e aplicação, bem como na interpretação das leis.

Entretanto, tal dever é negligenciado pelo Estado. Os dados apresentados pela pesquisa “Conta Satélite de Saúde Brasil”, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), entre os anos de 2007 e 2009, demonstram que as famílias respondem, em média, por 56,3% dos gastos com saúde. Segundo a pesquisa, no ano de 2009, para ter acesso a bens e serviços de saúde, o gasto *per capita* das famílias ficou em R\$ 835,65 enquanto o Estado teve um dispêndio de R\$ 645,27 por pessoa.

O gasto mínimo em saúde, de 12% para os Estados e de 15% para os Municípios, é descumprido pela maioria dos entes, que não investem o mínimo legalmente estabelecido, destinando tais verbas a outros investimentos públicos. A União sequer estabeleceu um mínimo, limitando-se a garantir investimentos no montante aplicado no exercício financeiro anterior, acrescido da variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB).

As leis sobre saúde são muitas, mas, na maior parte das vezes, inaplicáveis ou mal aplicadas, o que acarreta a criação de novas leis como forma de solucionar os problemas decorrentes das leis anteriores, instituindo um arcabouço jurídico sem aplicabilidade e eficácia.

A judicialização, fenômeno pelo qual a implementação do direito à saúde, com a definição de seu conceito e amplitude, é determinada pelo Poder Judiciário, o qual, não se encontra aparelhado para definir, *de per si*, o rumo da política pública no país.

É de suma importância o conhecimento pelo cidadão de seus direitos e deveres, e dos mecanismos de fiscalização da atuação estatal colocados à sua disposição. Nesse particular, no tocante aos gastos públicos, especificamente quanto ao Orçamento Público, poucos sabem da existência do “Orçamento Participativo”, possibilidade de estabelecimento, pela sociedade, das prioridades de aplicação dos recursos públicos.

Reivindicar e participar ativamente das decisões da sociedade, propondo as alternativas que serão mais adequadas ao bem comum, é uma questão de consciência e controle sobre a coisa pública, visando à transparência das ações políticas e ao retorno dos benefícios para a sociedade.

O controle não se reduz à mera fiscalização, mas da utilização das prerrogativas legais, através das quais os cidadãos podem pressionar o poder público para que haja transparência em seus atos, avaliar o desempenho da gestão, e até mesmo promover ações judiciais cabíveis para ver sanadas as irregularidades e responsabilizados os agentes políticos.

Dentro dessa perspectiva é que o presente trabalho busca estabelecer a definição do conteúdo do dever do Estado na efetivação do direito à saúde, previsto na Constituição Federal de 1988, bem como listar as responsabilidades dos três poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário)

e identificar os mecanismos de fiscalização e controle do Estado postos à disposição dos cidadãos; Por fim, objetiva-se compreender o motivo pelo qual o Estado ainda negligencia o cumprimento de um dever constitucionalmente previsto e cuja efetivação refletiria um dos pilares fundamentais da República Federativa do Brasil - a dignidade da pessoa humana.

2 JUSTIFICATIVA

O direito (do cidadão) e dever (do Estado) à saúde encontra-se previsto no artigo 196, da Constituição Federal, promulgada no dia 05 de outubro de 1988 e assim dispõe: *“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”*.

Ademais, o artigo 5º da Constituição Federal, disposto sob o Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), proclama o rol dos direitos individuais, definindo em seu § 1º: *“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*.

Entretanto, a previsão constitucional limitou-se a estatuir o direito, sem, entretanto, definir o seu conteúdo; Apontou, apenas, a forma de garanti-lo (mediante a realização de políticas públicas), o que impossibilitou a definição exata do âmbito do direito do cidadão brasileiro e do dever do Estado brasileiro na exigência/efetivação do direito-dever à saúde.

Valendo-se do conceito de “saúde”, da OMS, tem-se que *“A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”*, conceito generalizado e de conteúdo demasiadamente amplo e indeterminado.

Entretanto, a inexistência de um conceito preciso e determinado de saúde não pode inviabilizar o exercício do direito à saúde pelos cidadãos nem obstar a atuação direta e efetiva do Estado na concretização desse direito.

Na esteira da efetivação do direito à saúde, e partindo-se da premissa que a saúde é um direito que exige uma atividade positiva do Estado, visando sempre à consecução do bem público, este pode emitir atos: legislativos (atos gerais e abstratos, que não se reportam a nenhum indivíduo ou situação concreta específica) ou executivos e judiciários (normas dotadas de concretude e individualização).

A função legislativa é primária e as demais dela decorrem, na medida em que a existência da lei é pressuposto da atuação das funções executiva e judiciária; Atua tipicamente na edição de normas gerais, abstratas, impessoais e inovadoras, bem como no exercício do poder fiscalizatório.

Já a função executiva aplica a lei aos casos concretos e individualizados; exerce, pois, uma função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e outra administrativa, para atuar na intervenção, fomento e serviço público.

Por fim, o escopo da função jurisdicional, é a interpretação da lei, aplicando o direito aos casos concretos, para dirimir conflitos de interesses.

Assim, afigurando-se a saúde como um direito fundamental do cidadão brasileiro deve o Estado, por meio de suas três funções ou poderes, prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Com efeito, tal dever não se desdobra apenas na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos, mas também no estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde por meio da edição de atos normativos (leis, decretos, regulamentos, portarias, etc.) e também por meio da tutela judicial quando da violação do direito à saúde. Nesse sentido a previsão contida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: *“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. Por este dispositivo, a Constituição garante o acesso à Justiça em busca de reparação a todos os que se sentirem prejudicados pelas condutas ou omissões de particulares e, principalmente, do próprio Estado.

Relativamente à possibilidade de responsabilização estatal, o “caput” e do parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal Brasileira, assim estatuem:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também ao seguinte [...]

§6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nesse vereda, Hely Lopes Meirelles (2000), sumariza quanto

aos Princípios da Administração Pública:

Por esses padrões é que se hão de pautar todos os atos administrativos. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da validade da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.

Entretanto, o dever do Estado na efetivação da saúde do cidadão ainda é negligenciado, em parte, por inexistirem contornos bem definidos da amplitude desse dever – impedindo a fiscalização e cobrança por parte do cidadão, e de outro lado, diante da inexistência de mecanismos eficazes à fiscalização e controle dos atos estatais pelos cidadãos.

Cumprir observar, ademais, que muito se indaga a respeito da possibilidade do exercício das funções legislativa e judicial acarretarem a responsabilidade estatal.

Segundo Bittencourt (2005), embora predomine o entendimento da irresponsabilidade do Estado por danos decorrentes de atos legislativos, o Supremo Tribunal Federal tem admitido que, uma vez comprovado que a lei inconstitucional causou prejuízo ao cidadão, é possível responsabilizar o Estado (RDA 189/305 e 191/175). Para ele, portanto, a omissão legislativa pode acarretar a responsabilidade patrimonial do Estado, conforme decisões do Supremo Tribunal Federal neste sentido, em processos de mandado de injunção, em que se tem fixado um prazo para que o direito garantido constitucionalmente do impetrante seja regulamentado pelo Congresso Nacional, casos em que a falta de regulamentação do direito, no prazo assinado, acarreta mora do Congresso, cabendo à União arcar com os danos dela decorrentes.

O autor ainda defende que, da mesma forma, apesar da jurisprudência acolher o entendimento de que o Estado não é responsável por prejuízos em virtude de atos judiciais a Constituição Federal é clara ao prever no art. 5º, LXXV, que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Nunca é demais considerar o peso e o significado do direito à saúde enquanto direito fundamental constitucionalmente garantido, previsto no rol das cláusulas pétreas, ou seja, direitos imodificáveis por emenda

constitucional.

Assim, o seu desrespeito deve implicar em medidas efetivas para a sua garantia, inclusive com a possibilidade de responsabilização do Legislativo, do Judiciário e do Executivo. Dessa forma, não só o direito à saúde tornar-se-ia efetivo, como também os sujeitos de direitos tornar-se-iam verdadeiros cidadãos.

3 OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GERAL

Compreender o conceito jurídico e a abrangência do dever do Estado previsto no artigo 196 da Constituição Federal.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Compreender o significado de direito à saúde juridicamente e listar os deveres do Estado a partir deste direito constitucionalmente reconhecido.
- Identificar, considerando o Estado Democrático de Direito, os deveres que cabem a cada um dos Poderes do Estado.
- Entender, a partir da organização federativa do Estado brasileiro, as diversas competências da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.
- Apontar a participação democrática na definição e controle das políticas públicas de Estado.

4 METODOLOGIA

Visando à obtenção de dados descritivos mediante o contato direto e interativo com o objeto de estudo, a pesquisa foi desenvolvida pelo método qualitativo, por meio de:

- Revisão bibliográfica relacionada ao Direito da Saúde, Estado Democrático de Direito, Efetivação dos Direitos Humanos, Poderes do Estado, entre outros temas relevantes atinentes à caracterização do Estado Brasileiro e o seu papel na efetivação do direito à saúde. Foram utilizados livros, escolhidos em função da relevância do autor e em busca da fonte direta das citações neles constantes, artigos, cuja busca se deu através da internet, bem como sites e blogs dedicados ao estudo do direito sanitário.
- Pesquisa legislativa, no âmbito nacional, entre 1988 a 2012, buscando o termo “saúde” no site do Planalto.
- Revisão bibliográfica sobre judicialização da saúde, quanto ao tema do dever do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, a qual foi realizada através de livros e artigos sobre o tema, bem como artigos pesquisados através da internet, bem como pesquisa empírica dos atos normativos sobre saúde, em busca realizada no site “Jus Brasil”, utilizando o termo “direito à saúde”.
- Levantamento das principais políticas de saúde normatizadas pelo Poder Executivo, em nível federal, desde 1973 até 2014, buscadas através da internet, em sites oficiais nacionais e internacionais, procurando temas relacionados à saúde.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

5.1 AS FORMAS DE SOCIEDADE, ESTADO E DE GOVERNO

Inicialmente se faz necessário um retrospecto da origem e das formas de sociedade, para se compreender a estrutura estatal hoje instalada, as suas instituições sociais e o papel de cada um delas, bem como os problemas sociais.

Bastos (2004, p. 24) assevera que a sociabilidade é característica fundamental da natureza humana, pois o ser humano depende de outros para a realização plena da sua natureza. Ele conceitua a sociedade como “[...] *toda forma de coordenação de atividades humanas objetivando um determinado fim e regulada por um conjunto de normas*”. O autor destaca que o elemento normativo é primordial à sociedade, representando o traço que a distingue dos demais grupos.

Azambuja (2002, pp. 1-7) compartilha de tal conceito. Para ele, o Estado é uma sociedade natural, pois os homens necessariamente vivem em sociedade e aspiram ao bem comum, de forma que, a primeira causa da sociedade política residiria na natureza humana. Ademais, a autoridade (direito de mandar e dirigir) seria intrínseca ao Estado, cujo elemento essencial é o poder. Dessa forma, ele conceitua o Estado como uma organização político-jurídica que visa à realização do bem público, com governo próprio e território determinado.

Além de assinalar a formação natural do Estado, o autor aponta, entre outras, a origem familiar, violenta e a formação contratual, entendimento que é comungado por Dallari (1998, p. 8) e Bastos (2004, p. 24), os quais apontam duas teorias para explicar a origem da sociedade: naturalista ou contratualista: A primeira, proposta por Aristóteles, indica uma sociedade natural, em que a convivência do homem se deu por uma questão de necessidade, como uma condição essencial de vida; Já a segunda, defendida por Platão, Hobbes, Locke e Rosseau, indica o associativismo social como

reflexo de um acordo de vontades. Para os defensores dessa teoria, não há impulso associativo natural, sendo que tão somente a vontade humana justificaria a existência da sociedade; ela seria o fundamento para garantir liberdade e igualdade às pessoas; No contratualismo há a alienação total dos direitos individuais em favor da comunidade, criando-se um corpo moral e coletivo (Estado) dotado da vontade geral (síntese das vontades individuais).

Bastos (2004, pp. 25-31) atribui a origem da sociedade àquela apontada por Aristóteles, ou seja, a sociedade natural, afirmando que, por ser o homem um ser eminentemente social, este sente a necessidade de se relacionar com outros e, assim, origina-se a sociedade. Ele, tal como Azambuja, contrapõe a essa forma de origem da sociedade a contratual, cuja corrente doutrinária defende que somente a vontade humana justifica a existência da sociedade. O autor cita como seus defensores Platão, Hobbes, Locke e Rousseau: Platão já identifica a presença do elemento volitivo, tendo sido para ele, a organização social racionalmente criada pelo homem. Hobbes, por sua vez, defende que o homem vivia em “estado da natureza”, um estado de guerra entre os indivíduos e, em busca de proteção, os homens se associaram (pacto de submissão); Assim, eles teriam passado para um Estado Social, em que se exige o exercício de leis; A sociedade nasceria, portanto, com o Estado, trazendo consigo o poder, o qual é responsável por manter a paz e evitar o retorno ao *status quo*, por isso, o poder do governante não pode sofrer nenhuma limitação. Para Locke, o “estado da natureza” é um estado pré-social e pré-político, regido pela liberdade e igualdade; para ele, já existia a propriedade e os homens já eram dotados de razão, e, assim, a sociedade surgiu da necessidade dos homens de se protegerem, e de garantirem os seus direitos e seus bens: “[...] a sociedade é formada por um corpo político único, dotado de legislação, de judicatura e da força concentrada da sociedade [...]”; e o contrato social seria um consentimento unânime, ou seja, todos concordaram livremente em formar uma sociedade. Para Rousseau, a vontade humana funda a sociedade com o intuito de defender as pessoas e seus bens, mas sem que as pessoas percam a sua liberdade natural; ele defende que prevalece na sociedade a vontade geral, que representa a síntese de todas as vontades individuais (e não a mera soma das vontades), afirmando que o povo é soberano e autônomo, ou seja, cria e se submete às leis criadas – há uma

conciliação harmônica entre liberdade e obediência dentro da sociedade.

De acordo com Dallari (1998, p. 12), são elementos de constituição da sociedade: a finalidade social, as manifestações em conjunto (exigem reiteração, ordem e adequação) e o poder social. Ele defende que o estudo do tema “poder” é o problema fundamental da Teoria Geral do Estado, sendo o mote da discussão a legitimidade de sua existência. Ao tratar dos elementos da sociedade, Bastos (2004, pp. 32-33) aponta três elementos básicos: membros, objetivos e regras. Para ele, a sociedade comporta elementos materiais (homens e base física), elementos formais (normas jurídicas, organização e poder) e elementos finalísticos (bem comum, progresso, cultura, etc.). A respeito das normas, ele explica: “[...] *as normas jurídicas são o meio utilizado pela sociedade para disciplinar e organizar o comportamento de seus integrantes [...]*” e, ainda: “[...] *são veículos que estabelecem direitos e deveres dos integrantes da sociedade, para que, deste modo, todos possam conviver de uma maneira harmônica e pacífica*”. O autor defende que o poder é fruto de todas as formas de organização, sendo, portanto, um fenômeno social e bilateral decorrente da união de duas ou mais pessoas, prevalecendo um sobre os demais; Ele complementa que o poder é imprescindível para resolver conflitos entre indivíduos e grupos sociais, sendo necessária a intervenção da vontade dominante para manter a ordem da sociedade e a sua finalidade (o bem comum). Bastos (2004, p. 34) afiança, ademais, que embora o tema do poder estivesse inicialmente associado com a força material (capacidade econômica) e posteriormente com a força espiritual de reis, faraós e outros líderes religiosos, com a evolução da sociedade ele passou a ser associado ao conceito de legitimidade, ou seja, o poder deve ser legítimo, o que significa dizer que os objetivos do poder devem atender às aspirações sociais; Ele afirma: “*O poder e o direito são simultâneos, pois o poder sem normas não passa de uma mera manifestação de violência que não chega à realização do bem comum*”. E para possibilitar o exercício do poder o autor ensina ser necessária a ordem, também elemento essencial da sociedade. Valendo-se da lição de Kelsen, ele conceitua a “ordem social” como o conjunto de regras que regem a sociedade, ou seja, as normas que visam a estabelecer uma convivência harmônica na sociedade e entre seus integrantes, protegendo seus interesses individuais e assegurando a realização do fim

almejado.

Bastos (2004, p. 40) conclui que a ordem social é, portanto, o conjunto de princípios que fixam as bases da sociedade através de normas de comportamento e sancionatórias, sendo que estas têm o intuito de fazer com que as demais normas sejam cumpridas e que um indivíduo não interfira na liberdade do outro, impondo a unidade social através da ordem (normas reguladoras de direitos e deveres dos indivíduos), à qual o poder confere eficácia.

Já Azambuja (2002, p.49), ao tratar do tema, ensina que não há sociedade sem poder, o qual corresponde à ordem em seu aspecto dinâmico, e que, em um Estado, ele é chamado de governo ou soberania, responsável por traçar regras de ordem e hierarquia e que se impõe de forma suprema e com coação irresistível em relação aos indivíduos que compõem a sua população.

Azambuja (2002, p. 50) enfoca, por conseguinte, as doutrinas democráticas sobre a soberania, as quais atribuem ao povo o poder político, distinguindo as lições de Hobbes (o Leviatã é dotado de poderes ilimitados cedidos pelos homens), Locke (os homens não alienam seus direitos em favor do Estado) e Rousseau (o Estado tem vontade própria – a vontade geral). Ele também defende a existência de uma autoridade paralela à autoridade individual, transitória e precária do chefe, de titularidade de um órgão do poder social que declara o Direito e a moral do grupo, definindo este como um “germe do Poder Legislativo”, normalmente em conflito com o chefe, mas independente e superior a ele (p. 94).

Relativamente às espécies de sociedade, insta salientar o conceito de sociedade política proposto por Dallari (1998, p. 20), segundo o qual as sociedades são agrupamentos humanos com um fim próprio, qual seja, o bem comum, sendo necessárias, para atingi-lo, manifestações de conjunto ordenadas e submetidas a um poder.

Para Bastos (2004, p. 37), a sociedade política abrange todos os demais tipos de sociedade, e tem por objetivo o bem comum ou o interesse público, ou seja, ela disciplina as demais organizações que se formam na sociedade; e, para isso, são necessários governantes, o que faz surgir a

política. Para o autor, o poder político é o ponto para o qual convergem os demais poderes, com vistas a definir os destinos da sociedade, e é a ele que a sociedade deve obediência, pois ele não só edita as normas gerais (leis), como as aplica, através da administração e da jurisdição. Ele assim as conceitua:

As sociedades políticas são, antes de mais nada, sociedades de fins gerais porque não têm como escopo apenas um único objetivo e também não se limitam a um determinado ramo de atividade humana, pois elas visam a integrar todas as atividades sociais que ocorrem dentro de seu campo de atuação, em virtude de uma finalidade em comum. (BASTOS, 2004, p. 38).

Dallari (1998, p. 20), ensina que, por sua amplitude e capacidade de impor e condicionar seus membros, a sociedade política de maior importância é o Estado. Segundo ele, a maioria dos autores designa “Estado” a sociedade política cujas regras de convivência de seus membros tenham sido fixadas por uma autoridade superior. Ele assevera que o Estado é a institucionalização do poder, ou seja, a expressão ordenada da ideia de convivência preponderante no grupo. O poder por ele exercido é dominante, dispondo de força para executar, por si só, suas ordens; Ele é, também, originário e irresistível, não sendo estritamente político nem exclusivamente jurídico. Portanto, ele conceitua o Estado como *“Uma ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum do povo situado em determinado território”*. Abstrai-se desse conceito a presença dos elementos: soberania, por meio da caracterização de uma ordem jurídica, politicidade, representada pelo bem comum, e territorialidade, área delimitada da atividade estatal (p. 42).

Bastos (2004, p. 48), por sua vez, ao discorrer a respeito do tema “Estado”, conceitua-o como a organização política sob a qual se vive um povo, em determinado território delimitado, que é governado por leis, as quais se fundam em um poder não sobreposto por nenhum outro externamente ou supremo internamente.

Ao tratar das teorias de sua origem, o autor considera três aspectos: a) Sociológico: elementos constitutivos das sociedades primitivas criadas pelos homens; b) Histórico: o Estado é um fato social em permanente evolução, ou seja, é um produto social decorrente da própria evolução da sociedade; e c) Doutrinário: analisa o Estado do ponto de vista filosófico (BASTOS, 2004, pp. 51-53).

Ele apresenta em sua obra um retrospecto histórico do Estado, ensinando que a primeira manifestação do ente estatal foi o Estado Estamental, que surgiu no século XVI e que buscava a centralização do poder do Estado; Ele se encontrava dividido entre os reis e os estamentos (corpos políticos ou ordens) e tratava-se de um órgão político em transição (p. 158).

Destarte, o Estado de Polícia ou Estado Absoluto, é considerado, de fato, o primeiro período de vida da organização estatal; Sua característica fundamental é a concentração do poder nas mãos do monarca; Nele predominaram duas ideias fundamentais: soberania e polícia; de acordo com a primeira, os reis não são responsabilizáveis, somente respondendo a Deus; e pela segunda, o príncipe está legitimado a promover o desenvolvimento matéria e o avanço intelectual e artístico (p. 159).

Já o Estado de Direito implica na atuação mínima do Estado, limitando-se à manutenção da ordem, proteção da liberdade e da propriedade individual; Assim, ele deve se submeter à lei, não intervindo na vida dos indivíduos, garantida, ademais, a liberdade das regras de mercado e contratação. O autor ensina, ainda, que nesse tipo de Estado o poder é legitimado pelo Direito, que é uma regra emanada da sociedade e fundamentada na lei moral ou social; o Direito é, dessa forma, um instrumento da ordem social: Ele aduz: “*O Estado de Direito consiste na existência de uma ordem jurídica capaz de enunciar e tutelar os direitos de cada cidadão*” (BASTOS, 2004, p. 162). O mestre assevera, ademais, que o Direito tem como objetivo regular a vida e a atividade estatal, bem como o funcionamento de seus órgãos, além de regular a relação entre Estado e seus integrantes. Eler conclui afirmando que a lei passa a ser a expressão da vontade geral, e não a mera expressão da vontade do monarca. Assim, para que haja um Estado de Direito ele assevera serem necessários dois requisitos básicos: proteção às garantias individuais e limitação do arbítrio do poder estatal:

Firma-se o princípio da legalidade, a separar muito nitidamente o que o Estado pode fazer e o que lhe é vedado praticar. Os particulares passam a ser investidos de prerrogativas jurídicas denominadas direitos individuais, exercitáveis contra o próprio Estado (BASTOS, 2004, p. 163).

De acordo com Bastos (2004, pp. 164-168), o Estado Social de

Direito surgiu da progressiva assunção, pelo Estado, de atividades no campo econômico, social, previdenciário, educacional, etc., pois os mecanismos autorreguladores propostos pelo Estado Liberal não se mostraram suficientes para promover o desenvolvimento harmônico da riqueza social. Assim, o Estado é chamado a corrigir os profundos desequilíbrios gerados pela ausência disciplina da economia. De início, portanto, o Estado assume um papel regulador da economia, através da edição de normas disciplinadoras dos agentes econômicos; Depois, passa a protagonizar a própria atividade econômica. Além disso, o aumento da complexidade da vida social veio a agregar à poderosa burocracia estatal, a qual se consolida com o crescimento da máquina do Estado. Dessa forma, o Estado Social caracteriza-se por um grande aumento das funções estatais. Ao contrário do Estado Liberal, em que o poder era exercido para limitar a utilização dos direitos em benefício da segurança, no Estado social o poder é exercido em nome do interesse público. O autor conclui nessa perspectiva:

O problema todo cifra-se a compaginar um Estado que, embora necessário em dimensões mais amplas que as ele conferidas pelo liberalismo clássico, nem por isso chega ao ponto de asfixiar a iniciativa e a criatividade da empresa privada (BASTOS, 2004, p. 169).

O Estado Totalitário é aquele que absorve todas as manifestações da vida social, inclusive as individuais. Ele não se confunde com o Estado Autoritário, pois que neste o poder é exercido por uma minoria contra a vontade da maioria. O autor expõe as características do totalitarismo: a) a existência de dogmas inquestionáveis; b) a ideia messiânica de uma pessoa ou classe social; c) a identificação do partido dominante com a sociedade; e d) um terror organizado por parte do Estado (pp. 170-172).

Bastos (2004, p. 176) discorre, ainda, acerca do Estado Democrático de Direito, asseverando que, após a segunda guerra mundial, em virtude do exagero protetivo do Estado, que retirou do homem a sua livre atuação, surgiu uma tendência de atrelar a lei aos valores constitucionais e reintroduzir o povo como agente direto do processo político (e não apenas pela via representativa). Dessa forma, a lei passa a ser identificada não só pelo seu processo formal de elaboração, mas por seu conteúdo.

A doutrina de Dallari (1998, p. 29) aponta como elementos do

Estado Moderno: território, povo, poder/autoridade/soberania e finalidade/funções, sendo o primeiro o elemento constitutivo essencial do Estado e objeto de direitos deste, além de delimitar a soberania de suas ações. Quanto à noção de “povo”, esta se apoia na existência de vínculos jurídicos, sendo o Estado sujeito do poder público e o povo o seu elemento componente. Os indivíduos, membros do Estado apresentam-se, simultaneamente, como sujeitos de direitos e objetos do poder estatal, e, portanto, sujeitos de deveres. No atinente às “finalidades ou funções do Estado”, muitas são as classificações dos fins por ele buscados, variando conforme o tipo de Estado a ser analisado.

Para ele, no Estado de Direito, marcado pela doutrina liberalista, o Estado tem ‘fins limitados’ à aplicação do direito, de forma a preservar a segurança e a liberdade individual; Entretanto, no Estado Social, o Estado tem ‘fins relativos’ não só à conservação dos direitos, mas à ordenação e ajuda dos indivíduos, de forma a garantir condições mínimas para a vida social. Por fim, ele aduz que o elemento “soberania” está relacionado a uma concepção de poder político (de querer coercitivamente e de fixar competências) e jurídico (de decidir sobre a atributividade das normas).

Ao tratar da finalidade do Estado, Azambuja (2002, pp. 121-136), difunde diversos conceitos: É um fim em si mesmo; É o fim do homem; É o meio de que se serve o Estado para realizar a sua grandeza; É um meio para o homem realizar a sua felicidade social; É um sistema para conseguir a paz e a prosperidade; É um dos meios pelos quais o homem realiza o seu aperfeiçoamento físico, moral e intelectual, etc. Ele também diferencia finalidade de competência do Estado, definindo esta como as atividades/meios empregados/objetos da ação do Estado para atingir a sua finalidade, que só pode ser uma, o bem público.

Para Bastos (2004, pp. 62-65), os fins do Estado resumem-se à realização do bem comum; O Estado seria, portanto, um meio para o homem alcançar os seus interesses e se desenvolver; Ademais, por ser uma instituição multifacetária, diversos são os seus fins: defesa, progresso, educação, cultura, saúde, etc., mas a sua finalidade permanece a mesma: o bem comum. Dessa forma, os fins do Estado podem ser classificados em fins objetivos e subjetivos. Os primeiros dizem respeito ao papel do Estado durante a história, o seu desenvolvimento e transformações, já que alguns acreditavam que o Estado

nada mais era do que o resultado do desenvolvimento de uma atividade humana em busca de uma determinada finalidade. A teoria do organicismo, por sua vez, entendia que o Estado era um fim em si mesmo e, por ser detentor de todo e qualquer poder, não haveria direitos individuais contra o Estado; Os mecanicistas, por sua vez, ensinavam que a sociedade nada mais era do que uma mera sucessão de fatos sem correlação e, por isso, insuscetíveis de serem dirigidos pelo Estado, pois, aqui, o Estado seria a mera soma de indivíduos com suas autonomias individuais, e, dessa forma, não teria qualquer finalidade; Uma parte da doutrina defende que o Estado teria um objetivo próprio, variável conforme a origem, nascimento, desenvolvimento, e elementos caracterizadores (povo, território e poder). Relativamente aos fins subjetivos do Estado, para o autor, estes seriam produto da inter-relação entre Estado e interesses individuais (o Estado seria a instituição que concentra em suas mãos o poder e é formado pela união de diversos interesses individuais). Podem-se citar, ainda, as teorias dos fins expansivos, fins limitados e fins relativos: A primeira assevera que o fim estatal é a maximização do desenvolvimento material (noção de Estado de bem-estar); A segunda visa reduzir, ao máximo, as atividades estatais, pois defende que o Estado deve realizar apenas a guarda da ordem social, devendo assegurar a segurança de seus membros e a liberdade – nessa lógica pode-se citar o Estado Liberal (o indivíduo não pode sofrer qualquer limitação por parte do Estado ou de qualquer outro indivíduo) e o Estado de Direito (os fins estatais ficam adstritos à aplicação do direito); A terceira, por sua vez, entende que o Estado deve conservar, ordenar e ajudar as/nas relações entre o indivíduo e o Estado, e também ser solidário com os mais fracos em relação aos mais fortes.

No que tange ao conceito de bem público, Azambuja estatui que este abrange elementos materiais e morais, definindo-o como:

[...] um conjunto dos meios de aperfeiçoamento que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens, ou seja, coordenação das atividades particulares e públicas tendo em vista a satisfação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da sociedade. (AZAMBUJA, 2002, p. 124)

Na esteira da definição acima, o autor afirma que o Estado tem dupla função: Proteção (função de justiça) e assistência (função de utilidade pública), e esta última busca dois bens principais: segurança (proteção dos

direitos) e progresso (auxílio do aperfeiçoamento dos cidadãos).

Azambuja (2002, p. 127) assevera, ainda, que o meio para atingir tais objetivos depende da competência do Estado, apontando três teorias a fim de justificar o modo de atuação do Estado: Abstencionista, Socialista e Eclética. A primeira advoga a não intervenção do Estado, exceto para manter a ordem; A segunda defende que o Estado deve prover tudo, abolindo a propriedade privada; E a terceira acoberta o entendimento de que a competência do Estado é supletiva, ou seja, que deve “ajudar a fazer” quando os particulares não puderem, de forma que sua menor ou maior atuação varia conforme a sociedade política, o momento histórico, as necessidades coletivas e as providências necessárias para atendê-las.

Em se tratando das funções do Estado, Bastos (2004, p. 65) estatui que, por ser uma instituição social e jurídica, sua primeira função é legislar, ou seja, ditar as normas de comportamento aos seus integrantes; Sua segunda função é executar essas normas, fazê-las cumprir em seu território; E sua terceira função é julgar as infrações a essas normas, exercendo seu poder coercitivo sobre a sociedade. Para ele, ademais, o Estado também teria uma função administrativa, que se desdobra em diversas outras, tais como, comunicação, transporte, saúde, educação, etc. O autor afirma, ainda, que o Estado contemporâneo adquiriu uma nova função voltada para o social, preocupação esta que se revela não apenas em seu ordenamento jurídico, como também em sua política nacional.

Ingressando-se na seara do Estado Moderno, emerge o tema da democracia. Segundo Dallari (1998, p. 50), o Estado Democrático, representativo do governo do povo, foi influenciado pelas revoluções inglesa, americana e francesa, e nasceu das lutas contra o absolutismo, culminando na afirmação dos direitos naturais da pessoa humana, de forma a garantir a participação do povo na organização do Estado e na formação e atuação do governo, preservando-lhe a liberdade e a igualdade. Essa estrutura estatal tem como características: a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos.

Azambuja (2002, p. 215) afirma que a democracia, antes considerada apenas política, é, hoje, política e social, pois se exige uma atuação do Estado tanto em matéria econômica como também para assegurar

os direitos sociais. Nesse sentido ele define: “*A democracia é um equilíbrio entre os direitos da pessoa e os direitos da sociedade, entre a liberdade e a soberania*” (p. 222). Conceitua-a, portanto, como um regime político, de uma forma de vida social, de um método de coexistência e cooperação entre os indivíduos de uma organização estatal. Ele aponta como suas condições de existência: constituição, direitos individuais e governantes eleitos periodicamente, definindo-a como:

[...] o sistema político em que, para promover o bem público, uma constituição assegura os direitos individuais fundamentais, a eleição periódica dos governantes por sufrágio universal, a divisão e a limitação dos poderes e a pluralidade dos partidos. (AZAMBUJA, 2002, p. 331).

Relativamente ao constitucionalismo, Dallari (1998, p. 72) ensina que o Estado Constitucional visava à obtenção de três objetivos: a afirmação de direitos inalienáveis do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a busca pela racionalização do poder, todos previstos em uma Constituição – sendo esta o padrão jurídico fundamental a ser seguido pelo Estado, governantes e governados.

Ao tratar do tema dos direitos individuais, Azambuja (2002, p. 151), alude às condições necessárias e complementares da vida social e da civilização, quais sejam, a autoridade e a liberdade. Ele afirma que traçar os limites de uma e outra é função precípua do Direito, por intermédio das leis, que, por sua vez, encontram sua justificação e fundamento no bem público.

Para explicar a evolução do conteúdo dos direitos individuais, os quais originariamente correspondiam a obrigações negativas do Estado (limitações à autoridade e à atividade dos poderes públicos, governos e das autoridades em geral), o autor faz referência a Duguit, defensor da teoria da solidariedade social, segundo a qual a liberdade-direito desaparece para dar lugar à liberdade-dever, tendo o Estado, agora, obrigações positivas, ou seja, de realizar atividades que permitam aos indivíduos o pleno desenvolvimento de suas capacidades físicas, morais e intelectuais – os direitos sociais. Azambuja (2002, p. 161) também faz referência a Dabin, que defende o dever elementar do Estado de realizar o bem público, tratando os homens com justiça. Ele afirma:

O Estado tem o dever de respeitar a vida, a integridade física e as faculdades espirituais do homem, e este tem o direito de exigir da

sociedade política a manutenção das condições para existência e prosperidade de sua vida física e intelectual (AZAMBUJA, 2002, p. 163).

Por fim, Azambuja (2002, p. 155) ensina que os direitos sociais encontram-se garantidos pelo regime representativo, pois permite a formulação e modificação das leis, e as correções dos abusos do poder; pela forma de organização do Poder Judiciário, com a atribuição de garantias aos juízes para que deixem de aplicar as leis inconstitucionais, além de outros remédios constitucionais e garantias de caráter especial previstos nas constituições modernas.

Progredindo-se para a definição do regime político estatal, Dallari (1998, p. 81) estatui que as formas fundamentais de governo são a Monarquia e a República. Aponta como características daquela a vitaliciedade, hereditariedade e irresponsabilidade. Em relação a esta, afirma que ela afigura-se como a possibilidade de participação do povo no governo, com a afirmação da soberania popular, da expressão democrática do governo, da limitação do poder dos governantes e da atribuição de responsabilidade política; tem por características a temporariedade, eletividade e responsabilidade.

No que tange aos possíveis regimes de governo, Dallari (1998, pp. 83 e 86) assinala a existência do Parlamentarismo e Presidencialismo. No primeiro, os chefes de Estado e de Governo são diferentes, aquele é o Monarca e este é o Primeiro Ministro; outra característica que se destaca é a responsabilidade política que pode ser atribuída a este (por perda da maioria parlamentar ou pelo voto de desconfiança do Parlamento), e, também, existe a possibilidade de dissolução do Parlamento. Já no Presidencialismo, há a unipessoalidade do Presidente, escolhido pelo povo por prazo determinado e que acumula as funções de chefe de Estado e de Governo; Em razão da unidade de comando, aponta-se como vantagem deste regime a maior eficiência do Estado ante a rapidez e energia das decisões. Por outro lado apontam-se desvantagens tais como a interdependência do Executivo e Legislativo na aprovação dos atos estatais a serem executados.

Dallari (1988, p. 91), ainda, define o conceito de forma federativa de Estado como sendo aquela que conjuga vários centros de poder político autônomos, sendo que o Estado Federal detém soberania e os demais,

apenas autonomia política limitada. No federalismo, as atribuições da União e demais unidades federadas estão hierarquicamente distribuídas na Constituição Federal, tendo cada esfera de competência renda própria para realizar suas funções; Além disso, existe um órgão de estrutura bicameral para assegurar a participação dos estados federados no governo federal. O autor aponta suas vantagens (a aproximação do governante e governados, dificultando a concentração de poder e a preservação das características locais e regionais) e desvantagens (impede o planejamento global para o mais adequado e eficiente aproveitamento dos recursos sociais, econômicos e financeiros disponíveis, promove a dispersão dos recursos ante a existência de diversos aparelhos burocráticos, e tende a favorecer os conflitos jurídicos e políticos entre as esferas autônomas).

Como tendências do Estado Moderno, Dallari (1998, p. 90) aponta para a racionalização do governo, que tem em vista o aproveitamento dos recursos de comunicação e organização para melhor diagnosticar a realidade, e, dessa forma, agir com mais acerto e eficácia; Também assinala o fortalecimento democrático do governo, pois, ao agregar mais atribuições e tomar mais decisões visando fazer frente às exigências da vida social, o poder do Estado aumenta e este se fortalece.

5.2 ESTADO E SEPARAÇÃO DE PODERES

O Estado forma-se por três elementos: povo, território e poder. Ademais, é pressuposto que o poder seja soberano, ou seja, não admita nenhum outro que lhe seja superior, e também uno e indivisível.

Consoante a melhor doutrina constitucionalista de Silva (2005, p. 107), *“Poder é a energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”*. Ainda segundo o autor, o poder do Estado, que ele também chama de estatal ou político, é soberano, independente e supremo, e tem como características a unidade, indivisibilidade e indelegabilidade.

Com vistas a assegurar a liberdade dos indivíduos, por meio do enfraquecimento do poder do Estado, e visando à ampliação da eficiência da atuação do Estado em suas atribuições, concebe-se a Teoria da Separação dos Poderes.

Segundo Dallari (1998, p. 218), Aristóteles expõe, pela primeira vez, o perigo da concentração do poder nas mãos de um só, sugerindo, também, que tal prática favoreceria a ineficiência estatal. O autor segue citando os antecedentes da teoria, como Maquiavel, que, já no século XVI, vislumbrou a existência de três poderes: legislativo, representado pelo parlamento, executivo (pelo rei) e judiciário. Entretanto, ainda de acordo com o autor, a primeira sistematização doutrinária da separação dos poderes surge no século XVII, com Locke; A doutrina defende a existência de quatro funções executivas (legislativa, executiva, federativa, exercício do bem público), sendo a primeira exercida pelo parlamento e as demais pelo rei.

De acordo com Bastos (2004, pp. 179-181), desde a antiguidade, com Aristóteles, já era possível identificar em todos os Estados a existência de três funções principais: “[...] *uma função consultiva que se pronunciava acerca da guerra e da paz e acerca das leis; uma função judiciária e um magistrado incumbido dos restantes assuntos da administração*”. Tal divisão foi retomada por Locke, Bolinbroke e Montesquieu, com a criação da doutrina da separação dos poderes, que consiste em afirmar que todos os Estados possuem três funções: legislativa (estabelece normas gerais que regem a vida em sociedade), executiva (traduz em um ato de vontade individualizado a exteriorização abstrata da lei) e jurisdicional (dirime possíveis controvérsias que possam surgir da aplicação da lei). O autor afirma que este pensamento inovou em relação à Aristóteles (o primeiro a conceber a teoria) porque trouxe o postulado de que a cada uma dessas funções deveria corresponder um órgão próprio que, de forma autônoma e independente, levaria tal função a efeito. Ele afirma que a essência a teoria era estabelecer um mecanismo de equilíbrio e recíproco controle entre os três órgãos supremos do Estado: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. A esse mecanismo de controle se deu o nome de “checks and balances”, ou seja, freios e contrapesos (p. 183).

Segundo Grau (1996, p. 168), Locke atribui ao Poder Executivo a execução das leis naturais da sociedade, ao Poder Legislativo, o estabelecimento de como deve ser a utilização da força para a preservação da comunidade, e, ao Poder Federativo, a gestão da segurança e do interesse público.

O autor ensina, todavia, que a teoria da separação dos poderes só foi verdadeiramente concebida em 1748 por Montesquieu em seu livro “O Espírito das Leis”. Ele propõe um sistema em que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam independentes e harmônicos entre si, devendo as diferentes funções do Estado serem exercidas por órgãos diferentes, fundamentando a teoria na especialidade funcional e na independência orgânica dos órgãos com vistas à defesa da liberdade dos cidadãos.

Montesquieu (2008, p. 169), em sua obra, define a liberdade política como “*A certeza que um cidadão terá segurança e será respeitado pelo outro*”, assim dispondo quanto à sua manutenção:

A liberdade política [...] só será assegurada se não houver a reunião do Executivo e Legislativo na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, porque o mesmo Monarca ou o mesmo Senado pode fazer leis tirânicas para depois executá-las também tiranicamente. Também não há liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo, porque no primeiro caso o Juiz seria Legislador e no segundo teria a força de um opressor. Então os poderes de fazer as leis, executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes/demandas particulares têm que estar separados.

Ao tratar do Judiciário, o autor defende que o poder de julgar deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo e não pelo Senado, e também entende que os tribunais não devem ser fixos, mas constituídos quando e enquanto necessário; complementa que os julgamentos devem tomar por base o texto expresso da lei e não a vontade do juiz. Conclui, a esse respeito, que os outros poderes podem ser entregues a “Magistrados” ou a “Corpos permanentes”, já que não são exercidos sobre o particular, pois a lei é a vontade geral do Estado (Legislativo) e o Executivo apenas executa/aplica tal vontade (pp. 171-172). Ele trata, ademais, de ambas as Câmaras do Legislativo, em um sistema bicameral idêntico ao brasileiro, em que câmara baixa representa o povo e a câmara alta, o senado. Defende que o homem livre deve ser governando por si mesmo e como não pode exercer o Poder Legislativo pessoalmente, deve o fazer por meio de representantes. Ao tratar

do senado, discorre sobre a existência de um corpo de nobres capaz de frear as iniciativas do Povo e de ser freado por este também, por meio do exercício da “faculdade de impedir” (pp. 173-176). Quanto ao Executivo, ele estatui que este deve estar nas mãos de apenas um monarca, pois há, aqui, a necessidade de uma ação pronta/atuação instantânea; para tanto, defende que sendo uno, ou seja, administrado o Poder Executivo por um só, melhor será (p. 177).

Dallari (1998, p. 219), por sua vez, aponta como ponto obscuro da teoria de Montesquieu a divisão das atribuições do Estado entre o “poder legislativo”, o “poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes” e o “poder executivo das coisas que dependem do direito civil”, sendo este último caracterizado pela função de julgar e punir; Segundo ele, posta a divisão dessa forma, o Estado não teria outra atribuição interna que não a de julgar e punir.

Ainda conforme o autor, a teoria é criticada por não existir verdadeira separação dos poderes, já que sempre houve ingerências de um poder na atuação dos outros; Defende, também, que fatores extralegais também favorecem que um prevaleça sobre o outro; Além disso, segundo ele, a teoria nunca conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos e o caráter democrático do Estado, pois há, por vezes, uma comunhão de vontades entre o Executivo e o Legislativo; Por fim, disserta que, ao contrário de quando a teoria foi idealizada, hoje, exige-se uma maior atuação do Estado nas mais diversas áreas, sendo que a redução do poder do Estado iria, nessa perspectiva, na contramão das necessidades sociais de hoje (p. 220).

Grau (1996, p. 174) também critica a obra de Montesquieu ao afirmar que a “separação” dos poderes é, senão um mito, já que ela, na verdade *“não passa da divisão ponderada do poder entre potências determinadas: o rei, a nobreza e o povo”*. Para o autor, o que existe é um equilíbrio e não uma separação entre os poderes.

A despeito das críticas, após a sua concepção, a teoria de Montesquieu foi amplamente incorporada a todos os textos constitucionais que a sucederam, iniciando pela Declaração dos Direitos da Virgínia nos Estados Unidos da América, em 1776. A seguir, foi expressamente prevista na Constituição Americana (1787) e na Declaração dos Direitos do Homem e do

Cidadão (1789), como sucedâneo do Estado de Direito, que a consignou em seu artigo 16: *“A sociedade em que a garantia dos direitos não está assegurada nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”*.

A evolução da teoria e a prática constitucional desenvolveram-se no sentido de que nenhum dos poderes é, em si mesmo, soberano, pois no ápice de cada um deles há uma possibilidade de controle recíproco a ser exercido em casos extremos. Assim, houve uma perda gradativa da pureza das funções do Estado, de forma que os poderes mantêm suas funções originárias como típicas e as funções dos demais poderes como atípicas. Ele chama a atenção para a necessidade de se reconhecer que o equilíbrio do Estado moderno vai depender não apenas da atividade balanceada dos poderes, mas pelos controles recíprocos e por aqueles exercidos pela sociedade através de sindicatos, organizações profissionais, Igrejas, forças armadas, imprensa, partidos políticos, etc. (BASTOS, 2004, p. 185).

Dallari (1998, p. 220) estatui, de acordo com a teoria da separação dos poderes, que os atos estatais podem ser classificados em gerais, exercidos pelo Legislativo, e especiais, pelo Executivo, sendo que este atua no limite das normas; A fiscalização de tais atos fica a encargo do Judiciário, cuja função é a de controlar para que aqueles não exorbitem suas competências.

Silva (2005, p. 110) explana o conceito de “harmonia entre os poderes” e não independência, sendo a ideia representada por normas de reciprocidade e prerrogativas mútuas entre os poderes; Nessa mesma lógica, há quem trate da teoria como uma mera repartição de funções e não propriamente de poderes. A discussão acerca da definição se a separação seria de poderes ou apenas de funções, segundo Dallari (1998, p. 216) é importante para definir o papel do Estado na vida social: Quando se fala em separação de poder, o seu objetivo seria reduzir o poder do Estado para evitar a ditadura; Já no que tange tão somente à repartição de funções, a meta seria o aumento da eficiência do Estado no desempenho de suas atribuições.

Para Azambuja (2002, p. 177), a especialização de funções ou divisão de poderes *“[...] é a consequência natural do desenvolvimento social, da complexidade crescente da atividade do poder público, do progresso*

material e moral dos povos”. Segundo ele, a despeito das teorias propostas, não subsistiram os argumentos de separação absoluta dos poderes, havendo, tão somente, uma divisão de órgãos, uma separação de funções, com recíprocas cooperações.

Nesse mesmo sentido, Azambuja (2002, p. 190), chama a atenção para o problema da organização do Poder Executivo, que se tornou o mais agudo na ciência política. Ele afirma que, se por um lado é certo que ele deve ser um poder limitado, por outro lado ele deve dispor de força, recursos e prestígio que o habilitem na tarefa exigida no governo do Estado moderno. Ele conclui dizendo que, ao contrário do que se pensou no pós-guerra, nas democracias os governos devem ser fortes, pois a sua força não representa uma ameaça, mas uma garantia de liberdade, pois um governo fraco sucumbe no despotismo ou anarquia (p. 197).

De acordo com Bastos (2004, pp. 188-189), Karl Loewenstein é expoente da doutrina que preconiza a existência de uma quarta função ou poder do Estado: o poder de controle, sendo esta, segundo ele, essencial à teoria do poder. Ele divide as funções do Estado em “policy determination”, que é a decisão política fundamental; “policy execution”, atinente à execução da decisão política fundamental; e “policy control”, a qual se refere à fiscalização da política. O autor afirma que, no Brasil, tal função de controle é reconhecida pela Constituição e está repartida entre diversos órgãos, sendo o principal deles a Corte Constitucional. Ele reconhece, a despeito das críticas ao denominado “ativismo judicial” e à força criadora do Direito por parte dos magistrados, ser inegável que a corte exerce, para além de uma função jurídica (a qual se desenvolve segundo as limitações e procedimentos próprios da jurisdição), uma função política de controle, pois atua como verdadeiro órgão corretivo sobre os atos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário, recompondo a ordem jurídica e assegurando os mandamentos constitucionais violados. Nesse mesmo sentido, ele ressalta a posição de autores como Ronald Dworkin, que defende o “construtivismo judicial” e um “living approach” na concretização da Constituição, além da vinculação dos magistrados ao “original intent” da Constituição (p. 191).

Ademais, em se tratando das normas constitucionais não diretamente aplicáveis, ou seja, que dependem de normatividade posterior, o

autor afirma que estas não estariam abertas à apreciação de sua constitucionalidade pelo tribunal constitucional, não lhe sendo permitido, portanto, a invalidação da opção política adotada; Prevaleceria, assim, o poder da maioria democraticamente eleita para governar.

Por fim, em análise à teoria na atualidade, Dallari (1998, p. 223) conclui:

As próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste um maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação dos poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos.

5.2.1 Origem, Evolução e Novo Princípio da Separação dos Poderes

Ao tratar da origem do princípio da separação dos poderes Piçarra (1989, p. 36) discorre sobre as suas raízes, ponderando, em primeiro lugar, sobre a versão aristotélica da constituição mista, um sistema político-social pluralmente estruturado, que abarca o equilíbrio das classes sociais através da sua participação no exercício do poder político. Segundo o autor, neste modelo, todas as classes têm acesso a todos os órgãos constitucionais, de forma que haveria um equilíbrio estático entre as classes sociais, ao contrário do que ocorria, na também apontada por ele, teoria da constituição média, a qual pressupõe o equilíbrio dinâmico entre as classes, como uma forma de sua aproximação econômico-social.

O autor insere em sua obra a noção da “rule of law”, ou seja, princípio da legalidade, de acordo com o qual, diante do desenvolvimento das instituições representativas na Inglaterra, a melhor forma de governo consistiria em um esquema constitucional em que houvesse a repartição do poder político entre o Rei, os Lordes e os Comuns.

Entretanto, ele assevera que, diante da complexidade das relações sociais e da necessidade de regulamentação jurídica, o legislador passou a ter um papel importante no sistema jurídico-político e a lei deixou de ser apenas declaratória para ter natureza constitutiva, de forma que surgiu,

pela primeira vez, a doutrina da separação dos poderes. Assim, a primeira versão da doutrina da separação dos poderes veio como “arma ideológica de luta” contra os abusos e arbitrariedades do Longo Parlamento Inglês, de forma a limitar o desempenho da sua função legislativa e retirar-lhe as competências de natureza jurisdicional, ou seja, veio para fins precisos: “[...] *excluir a tirania e o arbítrio que ocorrem quando todos os poderes estão concentrados em um só órgão e para a garantia da liberdade e segurança individuais, ameaçadas quando as leis são aplicadas por seu elaborador*” (PIÇARRA, 1989, p. 49).

O mestre defende, ademais, que já se vislumbrava à época um poder governativo do rei e um poder jurisdicional baseado na “common law”; Faltava, ainda, um poder legislativo separado orgânica e funcionalmente do primeiro, para que as leis fossem imparciais e para que os cidadãos não fossem julgados pelos mesmos autores das leis. Na esteira dessa distinção entre as funções, o autor define o poder legislativo como o poder de exprimir a vontade do corpo social e o executivo como o poder de agir em conformidade com essa vontade, dando cumprimento ao disposto nas leis. Dessa forma, tal divisão passou a ser essencial à realização da “rule of law”, constituindo, assim, a base do liberalismo. Assim, mais tarde, em nome da eficiência do Estado e em vista da possibilidade do exercício de controles recíprocos, viu-se a necessidade da separação orgânica e processual dos órgãos responsáveis pelos poderes executivo e legislativo, devendo a função executiva ser exercida por um órgão singular ou pouco numeroso, e a função legislativa por uma assembleia numerosa, exigindo-se desta, que a lei fosse elaborada no interesse comum, e, ainda, prevendo a possibilidade de responsabilização de seus membros do executivo pelos abusos do poder (p. 66).

O autor discorre sobre o conceito de lei de Locke, que não traz apenas características extrínsecas e de forma, mas também intrínsecas e de conteúdo, fixando o essencial, o padrão normativo e os direitos subjetivos (p. 68). Relativamente aos poderes legislativo e executivo, Locke *apud* Piçarra legitima a possibilidade de limitação do primeiro e divide o segundo em “poder federativo” (poder de agir na esfera internacional) e “poder executivo”, conceituando este último como o poder de aplicar as leis internamente; Por fim, prevê a existência de um terceiro poder, “poder de prerrogativa”, equivalente ao poder de agir para fazer o bem público, mesmo diante da ausência de regras.

Ademais, Piçarra assevera que se por um lado a doutrina de Locke fundamenta a ideia de supremacia da função legislativa, por outro ela pressupõe a definitiva autonomia material da função legislativa em relação à executiva; Assim, o conceito de lei como ato típico de uma função legislativa emancipada e superior passou a integrar a doutrina da separação dos poderes, tornando-a uma exigência racional e um corolário institucional (p. 73).

Para ele, a ideia de balança de poderes, ou a teoria de freios e contrapesos traz consigo a máxima “[...] *o equilíbrio pressupõe centros de controle separados*” (PIÇARRA, 1989, p. 86). Portanto, o Parlamento não executa, mas controla o exercício da função executiva, da mesma forma que o rei não participa da legislação, mas pode impedi-la de entrar em vigor, através do veto.

Ao citar a doutrina de Montesquieu, a sua lição acrescenta às típicas funções executiva e legislativa, a função judicial, responsável pelo poder de punir os crimes e de julgar os conflitos entre os particulares (p. 91). O conceito de lei por ele defendido seria institucional “[...] *da razão justa, adequada às características dos fatores sociais que pretende reger [...]*”. Ele vislumbra, ademais, uma relação entre a função exclusivamente soberana e criadora (legislativa) da função subordinada e estritamente aplicadora (executiva), e reduz o poder judicial à tarefa de aplicação mecânica lógico-sistemática do texto legal, sendo-lhe vedado, portanto, o poder criador do Direito (p. 96); O autor afirma, ainda, que a doutrina de Montesquieu envolve duas dimensões: Uma separação institucional/funcional dos poderes (separação vertical) e uma separação social ou extrainstitucional dos poderes (separação horizontal); A primeira designa a dimensão orgânico-funcional e a segunda, a dimensão político-social da doutrina (p. 105).

O autor também cita Rousseau, para quem a associação dos indivíduos cria um corpo moral, coletivo e político, que se exprime por meio da vontade geral, o qual, por sua vez, busca o bem comum. Nessa ótica, ele afirma: “*O primado da vontade geral na direção das forças do Estado vem a traduzir-se, na prática, pelo primado absoluto da lei, única forma de expressão daquela. A essência do Estado é jurídica e não política*” (Piçarra, 1989, p. 139). Para ele, no Estado, o poder legislativo representa a vontade, e o poder executivo, a força responsável pela execução das leis e pela manutenção da

liberdade civil e política. Ele proclama a unidade política do corpo social e o princípio da soberania popular; Contudo, ao rejeitar a ideia de estamentos e de qualquer outro corpo intermediário ou grupo de interesse, Rousseau resigna, também, o conceito de representação política. Piçarra (1989, p. 139) destaca que faltou à teoria de Rousseau constitucionalizar o povo soberano, compatibilizar o monismo de legitimidade com o pluralismo do poder e superar a concepção de que o soberano é irrepresentável, o que tornaria possível a democracia.

Ao tratar do princípio constitucional da separação dos poderes no Estado de Direito Liberal, ele vislumbra os seguintes pontos de referência: conceito moderno-iluminista de lei (supremacia da lei e soberania popular), separação Estado-sociedade (torna-se o princípio técnico-organizatório do Estado, com um centro único de poder) e direitos fundamentais de liberdade (freios e contrapesos) (p.147).

Já no Estado de Direito de Legalidade ou Estado de Legislação Parlamentar, segundo ele, tal princípio é chamado a garantir o primado da lei e o monismo do poder legislativo, de forma que seja o único centro de poder no Estado. Entretanto, o autor afirma que essa forma de Estado se tornou inapropriada à realidade, pois a lei parlamentar se tornou injusta diante da necessidade de ampliação do agir do Estado na implementação dos direitos a prestações (direitos sociais), e, nessa lógica, o juiz e o administrador passaram a criar o Direito e não apenas aplicá-lo (p.152).

O mestre explana o entendimento de Kant sobre o conceito de lei e a aplicação do princípio da separação dos poderes, defendendo o caráter estritamente jurídico daquela, apontada como única fonte de Direito, de forma que o poder político-estadual soberano não seja apenas limitado, mas consubstanciado na própria lei (p. 159).

Em relação ao princípio da separação dos poderes, ele denota a este um sentido estritamente jurídico, definindo-o como um princípio técnico-organizatório destinado à garantia da supremacia legislativa. E relativamente ao poder legislativo, ele defende a possibilidade de representação, de forma que a soberania do povo torna-se a soberania do parlamento, não admitindo este, entretanto, qualquer espécie de controle ou limitação por outros órgãos estatais, pois estes lhe são subordinados (p. 162).

Ainda dissecando a teoria de Kant, o autor discorre a respeito da compatibilidade da soberania com o conceito de constituição em sentido formal. Ele conclui que ela não pode ser mais do que uma ordem-quadro, dentro da qual o legislador fixa autonomamente o Direito (normas de caráter organizatório e jurídico-processual), sem estar a ela materialmente vinculado; Portanto, os preceitos constitucionais substantivos, inclusive os direitos fundamentais, representavam meras normas programáticas, injunções ou recomendações éticas, juridicamente não vinculativas ao legislador, e, por isso, sem efeito próprio para o cidadão e para o juiz (p. 168).

Destarte, o autor conclui que no Estado de Direito Liberal, o princípio da separação dos poderes não assume a sua dimensão social ou horizontal, já que ele não tem por objetivo o equilíbrio de estamentos ou de forças sociais, pois, ao se considerar a sociedade política e juridicamente homogênea, dispensam-se mecanismos equilibrantes; Assim, ele não é sucedâneo da constituição mista e tem um caráter meramente técnico-organizativo (p. 173).

A multiplicidade de entendimentos da liberdade, inclusive com reflexo direto no tema dos direitos fundamentais, e que repercute na conformação do princípio da separação dos poderes, é analisada pelo autor, o qual considera a separação dos poderes um pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais; A garantia destes, por isso, representam uma decisão sobre a organização do poder político-estadual (p. 191).

Tratando da origem dos direitos fundamentais, Piçarra (1989, pp. 192-193) distingue os entendimentos de Jellinek e Boutmy, concluindo pela diversidade dos conceitos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”; Os primeiros possuem validade universal e intemporal, e independem de uma estrutura institucional que os garanta juridicamente; Já os segundos são os direitos humanos que cada Estado garante aos seus cidadãos, mediante uma estrutura institucional de poderes separados em que um poder possa manter, repor ou reconstituir o direito eventualmente violado por outro poder. Dessa forma, ao se considerar a vinculação dos poderes aos direitos fundamentais, aparelhados com o poder e o dever de fiscalizarem a sua violação, consagra-se o princípio da separação dos poderes como forma de controle e limitação dos poderes constituídos. Assim, o monismo do legislador é substituído pelo

pluralismo dos poderes constituídos.

Dentre as duas concepções da teoria da separação dos poderes defendidas por Montesquieu, uma orgânico-funcional e uma político-social, o autor afirma que a constituição americana foi a primeira a adotar o princípio da separação dos poderes fora das estruturas monárquicas, ou seja, como um sistema de freios e contrapesos entre órgãos funcionalmente diferenciados, todos democraticamente legitimados (p. 200). O direito de veto atribuído ao Poder Executivo transformou-o no centro de gravidade do sistema de governo (deixou de ser um mero executor das leis). Além disso, ao inserir o poder judicial no processo equilibrante entre os órgãos estaduais (com função interpretativa da lei), reconhece-se o caráter constitutivo e criador do Direito deste poder. O autor conclui que a constituição representa, nesse contexto, uma norma fundamental, fornecedora de critérios e parâmetros jurídico-materiais de validade dos atos dos três poderes constituídos, através do catálogo constitucional dos direitos fundamentais (p. 205).

Buscando entender se o princípio da separação dos poderes adotado pelas constituições liberais é sucedâneo da constituição mista, o autor discorre sobre o constitucionalismo radical da França e sobre a monarquia limitada ou dualista da Alemanha. No primeiro caso, ele assevera que o princípio preponderante é o da legitimidade democrática, existindo um equilíbrio entre o corpo legislativo e o monarca, não integrando o poder judicial no processo balanceador de fiscalização e constitucionalidade das leis, pois este teria a função de aplicação mecânica da lei e, qualquer forma de controle jurisdicional, seria uma afronta ao exercício da função legislativa (p. 218). Ele assevera que no continente europeu prevaleceu o entendimento de que o sistema de governo parlamentar é o que melhor se ajusta à democracia representativa; Entretanto, diversamente do que ocorreu na lógica americana, pressupunha-se o equilíbrio interorgânico e a cooperação entre legislativo e executivo; No caso alemão, especificamente, haveria uma separação social dos poderes entre executivo (monarca) e legislativo (pretendentes democráticos ao poder político), com um nítido favorecimento daquele, o que não constituía, de fato, uma separação dos poderes nos moldes de Montesquieu (p. 225).

Piçarra (1989, p. 229) aborda, ademais, a separação dos

poderes no Estado de Direito Contemporâneo, iniciando pela distinção entre o princípio e a doutrina da separação dos poderes, conceituando este como os equilíbrios e as limitações existentes entre grupos sociais e aquele como a estrutura do poder político-estadual (separação normativa), justificado pelo princípio da legitimidade democrática. O autor afirma que o princípio da separação dos poderes se dissociou da temática da constituição mista e as instituições democráticas devem estar a serviço da opinião da maioria do eleitorado. Assim, o nexó entre separação orgânico-funcional (normativa) dos poderes e separação social converte-se no problema da soberania interna do Estado face às forças sociais cada vez mais fortes; ou seja, o princípio da separação dos poderes deixa de se contrapor ao princípio democrático para legitimar poderes autônomos, e passa a desenvolver a sua ação como princípio de organização do poder político-estadual. Ele alerta para o fato de que não se pode desconsiderar a participação de centrais sindicais, confederações patronais e outras associações e grupos em decisões político-estaduais, de forma que se tem uma nova forma de separação social de poderes ao lado da separação de funções entre os órgãos democraticamente legitimados (p. 237).

Para Piçarra (1989, p. 241), a separação entre classe política e burocracia constitui a base para uma relação recíproca de controle e limitação entre a administração pública, cujo titular é a burocracia, e o governo e o parlamento, cujo titular é a classe política. A primeira seria uma organização formal que se pauta por regras fixas estabelecidas pelas decisões políticas do segundo grupo. Assim, ele afirma que as diferenças decorrentes das especificidades estruturais e funcionais de ambos poderiam fornecer a base para uma nova separação de poderes. Esta, entretanto, não se sustentaria em razão da ausência de autonomia e independência de uma em relação à outra e também por não estarem em igualdade, pois os órgãos administrativos não são democraticamente legitimados.

Ele também discorre sobre a separação entre governo e oposição, sendo o primeiro responsável pela tomada de decisões políticas, fixação de diretrizes e direção superior do Estado, e a segunda pela contraposição de alternativas às decisões do governo e pelo controle do exercício do poder estadual pelo partido minoritário. Ele salienta, todavia, que tal controle se dá de forma meramente potencial e não contínua e efetiva, pois

o partido majoritário domina os centros de poder estadual; Ademais, ele também ensina que a concretização de tal dualismo depende de um sistema bipartidário perfeito, em que se atribui ao partido minoritário poder e condições para que represente, de fato, um contrapolo. Desse modo, o autor conclui afirmando que no Estado de Direito contemporâneo o princípio da separação dos poderes só pode ser entendido como uma separação orgânico-funcional (normativa) e não político-social, tal com em Montesquieu (p. 245).

Ao tratar da evolução da teoria da separação dos poderes, o mestre estatui:

A distinção entre função legislativa, função executiva e função judicial não surgiu originariamente marcada pela pretensão de compreender e descrever exhaustivamente as funções do Estado, mas com um intuito claramente prescritivo e garantístico: a separação orgânico-pessoal daquelas funções era importa em nome da liberdade e da segurança individuais (PIÇARRA, 1989, p. 247).

Posteriormente, ele afirma que se passou a identificar uma teoria da diferenciação dogmática das funções estaduais; De acordo com os critérios jurídicos, a cada poder corresponde uma função estadual materialmente definida: Ao poder legislativo cabe o papel de constituir e modificar o ordenamento jurídico mediante a adoção de normas gerais, abstratas e inovadores; Ao poder jurisdicional, a responsabilidade sobre a conservação e tutela do ordenamento jurídico, mediante decisões individuais e concretas dedutíveis das normas gerais, declarando a conformidade dos fatos às normas e as eventuais consequências jurídicas; E através do poder executivo ou administrativo, o Estado realizaria os seus objetivos de forma semelhante a todos os particulares, atuando concretamente mediante decisões e operações materiais, nos limites assinalados pelas normas jurídicas (p. 248).

Segundo o autor, a ideia da existência de uma atividade ou função estadual não redutível ao Direito, e, portanto, de natureza essencialmente política, surgiu a partir do século XIX. Nessa ótica, tal função superior de direção do Estado deveria ser atribuída ao órgão superior do Estado (monarca ou parlamento). Entretanto, conforme o autor assevera, passou a haver a necessidade de coparticipação no exercício dessa função, sendo a medida de participação de cada um dos órgãos determinada pelas características estruturais, processuais e de legitimação do governo e do parlamento. Ele afirma:

A imediata legitimidade democrática do parlamento complementa-se com a dianteira de informação e de margem de manobra sobre a administração pública por parte do governo, e a adequada prossecução da função política do Estado de Direito democrático tanto requer um órgão cuja estrutura, legitimação e procedimento permitam o confronto entre as decisões políticas tomadas no seu exercício e as alternativas mais representativas a estas, como o parlamento, como requer um órgão cuja estrutura, legitimação e procedimento possibilitem decisões e atuações rápidas, para poderem ser eficazes, como o governo (PIÇARRA, 1989, p. 252).

Piçarra (1989, p. 253) ensina que a função política engloba a orientação e a direção da sociedade política em geral, a determinação do interesse público, a interpretação dos fins do Estado, a fixação das suas tarefas e a escolha dos meios materiais, técnicos e organizativos adequados para realizá-las, além do dever de manutenção e desenvolvimento da ordem jurídica estadual. Modernamente, segundo ele, tal noção tende a ser definida como uma conexão de funções legislativas, regulamentares, planificadoras, administrativas e militares, de natureza econômica, social, financeira e cultural, dirigida à individualização dos fins constitucionalmente estabelecidos, pois o Estado passa a ser executor da constituição, teleocrático-programador, ativo e conformador. Ele afirma, entretanto, que a função política não é juridicamente livre, pois todo e qualquer ato estadual carece de habilitação constitucional; Por outro lado, ela também não se processa em uma relação de mera compatibilidade ou conformidade com a constituição, pois há elementos limitativos e dirigentes que se misturam em todas as normas constitucionais.

Ao tratar da função política *versus* legislativa, o autor afirma que, no Estado contemporâneo, a lei deixa de ser apenas regra de Direito e passa a ser instrumento político por excelência, tornando-se ato típico da função política e, conseqüentemente, a forma típica da decisão política. Ele diferencia esse novo conceito de lei do clássico, ou seja, da lei jurídica “*stricu sensu*”, que se orienta pela ideia de justiça e possui caráter permanente, afirmando que o presente conceito de lei se orienta por critérios de conveniência e oportunidade e possui caráter transitório. O mestre justifica o novo conceito diante da necessidade de medidas e providências concretas por parte do Estado, e não meros atos de execução/aplicação das normas. Com efeito, ele afirma que no Estado Democrático e Social de Direito, a generalidade e abstração não podem ser mais atributos inerentes às leis, pois, para ele:

[...] foi à serviço dos objetos sociais do Estado democrático-social que o conteúdo das leis passou de regras de justa conduta a ordens à administração, em uma relação meio-fim com aqueles objetivos sociais e que por esta devem ser executadas (PIÇARRA, 1989, p. 257).

Relativamente ao tema do controle jurídico da legislação “política”, o autor atribui ao poder judicial tal responsabilidade, por ser este o poder mais adequado e idôneo para realizar tal controle, pois está alheio a compromissos e intenções políticas (pp. 259-260).

Ao tratar da constituição no Estado de Direito contemporâneo, Piçarra (1989, p. 261) conceitua-a como norma de ordenação do processo político e de conformação social (e não apenas uma ordem-quadro em que o legislador fixa autonomamente o Direito). Assim, ele afirma que a validade da lei não está em si mesma, mas na sua conformidade e compatibilidade com os princípios e objetivos constitucionais. Ademais, embora a tutela dos princípios constitucionais e dos valores jurídicos caiba aos tribunais, segundo ele, estes se encontram limitados pelo “judicial self restraint” em relação aos juízos de natureza política contidos nas leis, já que, por possuir o órgão legislativo direta legitimação democrática, presume-se a constitucionalidade das leis.

O autor remata tratando do princípio na atualidade, apontando-o como fornecedor de critérios de solução quanto à exata delimitação de competências entre os órgãos constitucionais considerando a estrutura orgânica funcionalmente adequada, a legitimação para a tomada de decisão e a responsabilidade pela decisão tomada (p. 262). Ele também aponta uma evolução do princípio do ponto de vista metodológico, pois a falência da tripartição funcional dos poderes estaduais e o progressivo fim das fronteiras entre as diversas funções do Estado, além da fluidez e relatividade dos critérios de caracterização material e diferenciação entre elas, tem desfavorecido uma teoria em que as funções estaduais são o elemento essencial do princípio da separação dos poderes para favorecer uma análise das funções do Estado no quadro de uma constituição concreta; Para ele há, aqui, uma evolução do método abstrato-dedutivo para o método normativo-concreto na abordagem e no tratamento dogmático do princípio da separação dos poderes, que tende, hoje, a construir-se a partir da ordenação de competências jurídico-constitucionais concretas (p. 264).

Na esteira da análise contemporânea do princípio da separação dos poderes, Ackerman (2000, p. 640), questiona o motivo de tal separação, analisando-o a partir das três bases lógicas: a democracia, a competência profissional, e a proteção e ampliação dos direitos fundamentais. Segundo ele, no constitucionalismo moderno, o modelo de separação dos poderes envolve não só as relações entre o Presidente, Parlamento e Judiciário, mas as cortes constitucionais, as agências administrativas, entre outros órgãos. Os limites estão postos pela constituição escrita, pela declaração de direitos e pela Suprema Corte; Assim, ele afirma que a democracia é o modelo político adequado para assegurar as liberdades fundamentais, sendo que sem a competência funcional (com a atuação eficiente e imparcial dos tribunais e da burocracia) e sem a proteção e promoção dos direitos fundamentais, as leis permanecem no plano simbólico e a administração técnica se torna objeto de tirania.

Ele conclui pela inadequação do modelo atual de separação de poderes, uma vez que a divisão do processo de criação das leis entre a Câmara, o Senado e o Presidente não favorece o ideal democrático, pois, embora tenha sido bem sucedido sob a perspectiva da competência profissional (promoveu um Judiciário independente e técnico), não favoreceu a burocracia estatal, existindo uma competição entre Presidente, Câmara dos Deputados e Senado Federal, o que provoca uma acentuada politização da burocracia estatal e vai contra a eficiência e tecnicidade, transformando o Executivo em inimigo do Estado de Direito. Dessa forma, ele aponta o modelo por ele chamado de “parlamentarismo limitado” como o melhor para limitar a ação do parlamento e evitar (ou favorecer) projetos populistas de autogoverno. Segundo ele, o modelo oferece uma interação contínua entre o parlamento e a Administração Pública, resultando em uma relação mais construtiva entre democracia e especialização funcional. O autor segue em sua proposta, explicando a chamada por ele de “solução de uma casa e meia” em um sistema bicameral, em que a casa popular (casa baixa) tem poderes superiores aos da casa que representa os membros da federação; Ele defende a ocorrência de tal processo democrático em duas ruas legislativas distintas: uma, pelo povo, através de referendos populares sequenciais, destinada às decisões fundamentais (instituição de princípios básicos de legitimidade

política) e outra, por uma assembleia, voltada à prática da política ordinária (tomada de decisões rotineiras do Estado). Por fim, ele propõe que as decisões do Parlamento sejam controladas por uma Corte constitucional forte e independente para assegurar a soberania popular (p. 641).

Visando traçar a comparação do modelo por ele proposto com o existente, o autor explicita as desvantagens do presidencialismo: Não favorece a estabilidade política, pois a divisão do poder legiferante potencializa o risco de colapso constitucional e de crise de governabilidade; O período de autoridade plena é perigoso para a democracia; Há entricheiramento dos programas legislativos (legalismo de longo prazo x eficiência de médio prazo); Impede as virtudes do sistema proporcional de eleições para o Parlamento; E potencializa a exaltação da figura do líder em detrimento dos princípios do partido. Ele argumenta, nesse sentido, que, em um sistema presidencialista de separação dos poderes, é difícil para um movimento político conseguir autoridade legislativa, podendo ocorrer o “impasse”, ou seja, partidos diferentes do Presidente e da maioria da Câmara, hipótese em que podem ocorrer três vicissitudes: prevalência do Parlamento, colapso constitucional (um dos poderes age como único legislador) e crise de governabilidade (prevalência presidencial); Neste último caso também pode ocorrer a mudança de titularidade do poder de tomada das decisões fundamentais da nação, o qual passa a ser atribuído à Corte Constitucional (no caso do Brasil, o STF), resultado do comportamento omissivo e descomprometido do Legislativo, e que revela a debilidade do sistema democrático (pp. 645-648). Ele conclui, assim, que o presidencialismo não favorece a estabilidade político-legislativa, ao contrário do sistema parlamentar, que contribui à estabilidade das instituições democráticas.

Oposta à ideia do impasse, o autor conceitua “autoridade plena” como a obtenção do controle da plenitude do poder legiferante por um único partido. Ele diferencia tal modo de governar do sistema de Westminster, que implica em projetos de eficácia a médio prazo, para que haja resultados hábeis a impressionar os eleitores já na próxima eleição. No regime de autoridade plena, por outro lado, existe a possibilidade de “entricheiramento” das decisões na estrutura política por um longo período de tempo, pois, ainda que se perca parte do poder na eleição, esta perda não é total, e, por isso, as

iniciativas e programas de governo permanecem por algum tempo (pp. 650-651).

Ele assevera que no sistema de poderes legiferantes separados, os programas e iniciativas de governo não são interrompidos com a perda da maioria da Câmara, pois as leis aprovadas sob o regime de autoridade plena, por serem difíceis de alteração posterior, acarretam uma *“corrida para se obter o máximo de vantagens durante tal período”*, com a construção de programas e iniciativas fortes em simbologia e, portanto, resistentes às futuras adversidades eleitorais (p. 652). Ademais, nesse tipo de sistema, há diversas manobras para proteger as políticas entrincheiradas de futuras medidas para destruí-las. Durante o período de impasse, para minimizar essa tendência, ocorre a judicialização da política quando do controle da legalidade das leis. Entretanto, tal atuação também pode ser prejudicial na medida em que as fórmulas legislativas podem ser excessivamente abstratas ou específicas, gerando uma interpretação desprovida de suporte legal ou até mesmo contrária à vontade do Presidente (p. 653). Para o mestre, no sistema de Westminster, considerando a sua forma de atuação a médio prazo, cuja ação é mais atraente em termos de eficácia governamental, e a sua densidade normativa mediana, mais vinculada à realidade operacional, há o favorecimento da adoção de programas de médio e longo prazo pela nova maioria. Ele conclui, dessa forma, que a política westminsteriana é mais favorável em termos de eficácia de políticas públicas e ações administrativas.

Ao tratar do parlamentarismo além de Westminster, Ackerman (2000, p. 654) ressalta o poder de resistência do gabinete, pois os membros do partido tem o destino ligado ao do gabinete. Ele opõe tal comportamento ao do sistema de representação proporcional, em que o Parlamento é composto por diversos partidos políticos, o que dificulta os arranjos políticos (p. 655).

Para Ackerman (2000, p. 656), no sistema de separação dos poderes legiferantes, tais dificuldades remanescem nos períodos de impasse e durante os períodos de autoridade plena, pois os poderes podem ser dominados por partidos políticos distintos, e nos períodos de crise, tal circunstância é potencializada. Ele remata suas considerações afirmando que seu objetivo não é descrever o melhor sistema de governo parlamentarista, mas considerar as condições sob as quais o sistema de separação de poderes

pode ser melhor, que não no estilo americano de separação entre a Presidência e o Congresso. O autor contrapõe o cenário da crise de governabilidade no sistema de representação proporcional e no parlamentarismo, ultimando que, neste último, ainda que a minoria se organizasse em uma coligação não conseguiria governar por muito tempo, em virtude da existência do mecanismo do voto de desconfiança.

Ao tratar do cenário da crise de governabilidade e enfraquecimento do Parlamento perante a Presidência, o autor alerta para a ocorrência de um colapso constitucional quando o Presidente fecha o Congresso e se autodeclara legislador absoluto. Segundo ele, tal fenômeno demonstra o quão perigoso pode ser a mistura de um sistema de separação de poderes com o método proporcional de eleições (p. 657).

Ackerman (2000, p. 657-660) discorre a respeito do culto da personalidade nos sistemas do parlamentarismo e presidencialismo: Ele afirma que neste o “impeachment” ou a remoção são grandemente dificultados pelo texto constitucional. Ele remarca, ademais, a facilidade do presidente se dissociar da figura de outros líderes políticos e do sistema partidário em geral, de forma que o mandato passa a ser entendido em termos personalistas e o partido se torna um mero veículo de projeção da própria personalidade e ideais do Presidente (mesmo que destoantes da plataforma do partido). Ao distinguir o sistema do presidencialismo e parlamentarismo, ele assevera que neste o primeiro ministro está mais sob controle, e, para manter a maioria do parlamento e não receber o voto de desconfiança, ele deve manter sua popularidade, ou seja, a sua atuação é totalmente dependente do apoio de seu partido no parlamento, e, por isso, deve aprovar apenas programas atrelados aos seus princípios partidários. O autor afirma, além disso, que não há diferença entre o primeiro ministro e os demais membros do Parlamento, e inexistente limite temporal. Dessa forma, ele conclui que a garantia de controle no parlamentarismo é a própria relação entre o primeiro ministro e o seu partido ou coalizão. Assim, ao invés da crise de governabilidade do presidencialismo, no parlamentarismo, há troca de gabinete. Para o autor, uma presidência personalista vai contra a base de ideais democráticos e contra a própria autonomia governamental; Por isso, o melhor seria uma política de princípios, em que são formadas coalizões ponderadas que contem com o apoio da

maioria, para colocar o governo em melhor curso.

Ackerman (2000, pp. 664-665) pondera os elementos do por ele proposto “parlamentarismo limitado”, em que haveria duas “ruas legislativas” distintas para o exercício da democracia: Uma rua alta, destinada às matérias políticas centrais, e uma rua normal, destinada à política ordinária. Ele ensina que, neste sistema, a autoridade legislativa normal se baseia em uma Assembleia do estilo de Westminster, entretanto, esta estaria limitada pelos princípios políticos substantivos legitimados na rua alta, através de um processo legiferante diverso: Os referendos populares (p. 666). Assim, o parlamento seria limitado pelas decisões fundamentais tomadas diretamente pelo povo, sendo necessárias múltiplas e seguidas votações para evitar a exploração da fraqueza momentânea da oposição ou da ignorância das pessoas, ou ainda, os interesses pessoais dos parlamentares, os quais devem buscar princípios de política duradouros. Ademais, para ele, é imperativo que viabilize a igualdade de condições para a participação dos movimentos políticos oponentes das propostas, permitindo a sua ampla discussão (pp. 667-668).

Para Ackerman (2000, p. 668), o objetivo constitucional a ser alcançado são os melhores meios práticos de distinguir os poucos princípios básicos, que são produto do apoio popular genuinamente amplo e mobilizado, das outras inúmeras decisões tomadas por parlamentares modernos no curso do governo. Assim, para ele, a primeira divisão do poder legiferante deve ser entre o povo e o parlamento: Este tomando as decisões rotineiras de gestão, e aquele, as decisões fundamentais que constituem os princípios básicos de legitimidade política, por meio de referendos sequenciais.

O autor assevera que a primeira separação de poderes leva a outra, em que uma Corte constitucional assegura que os princípios básicos formulados pelo povo tornem-se realidades operacionais, sendo uma guardiã da soberania popular e instrumento de afirmação da democracia. Entretanto, ele destaca a dificuldade de se criar um tribunal como este em razão da independência e imparcialidade exigidas de seus membros; Ademais, ele aponta que a força de uma Corte está diretamente ligada à forma de nomeação e à duração do mandato dos juízes. Para ele há uma formulação trinária do poder legiferante: Parlamento, Povo e Corte (pp. 668-670).

Considerando a dificuldade e as implicações do federalismo no problema da representação e legitimidade político-legislativa, Ackerman (2000, pp. 671-672) eliminou-o de sua análise, pois, para ele, não existe a necessidade de separação do poder legiferante, tampouco a criação de duas casas legislativas (e.g. Senado e Câmara). Em se tratando das câmaras federalistas eleitas, o autor sugere em contrapartida a um Senado forte, a existência de uma Presidência forte e independente, sendo o federalismo compatível com o “parlamentarismo limitado”, construído sobre as bases da chamada “solução de uma casa e meia”, na qual os poderes do povo (casa baixa) são maiores do que os da casa alta (representantes da federação), demandando, ainda, a realização de referendos populares. Dessa forma, ele propõe a existência de uma câmara baixa, forte, complementada por um senado fraco, de forma que os valores federativos sejam incorporados ao ordenamento jurídico por meio dos referendos populares e garantidos através da Corte constitucional (pp. 673-674).

O autor argumenta desfavoravelmente em relação ao federalismo no sistema presidencialista, apontando as duas facetas de um Senado forte: atuações excessivamente regionalizadas *versus* Presidência cosmopolita, em favor de toda a nação. No primeiro caso é desconsiderada a grandeza nacional e, no segundo, as peculiaridades regionais (pp. 677-678). Ele contrapõe-no ao sistema de “uma casa e meia”, assinalando como requisito dos referendos constitucionais, a aprovação substancial da proposta na maioria dos Estados e não apenas na supermaioria nacional.

Outra forma apontada por Ackerman (2000, pp. 680-682) para os Estados se inserirem na política governamental nacional seria a indicação dos membros do Senado pelos governos estaduais, a chamada por ele de “opção diplomática”. Segundo o autor, tal opção favoreceria o diálogo entre os Senadores e Governadores, além de impedir a diversidade de partidos do Governo e do Senado. Por outro lado, embora tal modelo favoreça a eficácia da representação, pois assegura a harmonia entre representante e representado, o autor afirma que a votação direta é exigência do constitucionalismo democrático contemporâneo, o que põe em xeque a legitimidade representativa desse modelo; Além disso, a falta de “políticos” com forte identidade política pode ser desastrosa, dado que pode minimizar a

autonomia estadual e acarretar, até mesmo, a nacionalização das políticas estaduais. A solução apontada pelo autor seria a composição do Senado diretamente pelo povo, sem a vinculação com qualquer política nacional, o que reforça a inadequação de um Senado forte em um sistema bicameral de poderes simétricos (p. 683).

Ackerman (2000, pp. 683-685), ademais, discorre a respeito do unicameralismo, arguindo se haveria a necessidade da existência do Senado, já que nos estados unitários existe apenas uma Câmara. Para ele, uma segunda Câmara pode melhorar o caráter deliberativo das propostas, pois patrocina a discussão da matéria ou medida por duas vezes, favorecendo a correção de imperfeições e a demonstração de dificuldades. Além desse fator, o autor destaca o papel dos múltiplos referendos no desenvolvimento de instituições superiores na proteção da democracia deliberativa.

Para evitar o apontado por ele como “nó de legitimidade” em um bicameralismo simétrico, o qual decorre da titularidade da maioria de cada uma das Casas por partidos rivais, o autor aponta o sistema unitário italiano, em que tal hipótese não é possível em vista da simetria do sistema eleitoral, ou seja, a vitória em uma casa deve ser observada na outra, de forma que o gabinete obtém o apoio simultâneo em ambas as Casas (pp. 685-686). Entretanto, ele argumenta que o propósito de existência de um Senado Federal é permitir a participação dos diversos interesses políticos dos estados na política nacional; Assim, a exigência de maiorias equivalentes na Câmara e no Senado seria contrária a tal ideia. O autor conclui, portanto, que o caminho para resolver os “nós de legitimidade” no federalismo seria a introdução de uma Presidência independente ou a “solução de uma casa e meia”, que enfraquece o Senado. Para encampar tais adequações, Ackerman (2000, p. 687) conclui pela máxima adequação de seu modelo de “parlamentarismo limitado”, em que nenhuma instituição detém de forma única o monopólio do poder legiferante, o qual encontra-se dividido entre o Povo (atuando por meio de referendos), a Corte constitucional, um Senado Federal fraco (no federalismo) ou um Senado Nacional forte (nos Estados unitários).

O autor repisa ser imperativa a habilidade dos políticos democráticos em expressar os interesses de um amplo grupo de eleitores e, por isso, propõe a separação dos poderes (especialmente do poder legiferante)

sob uma lógica diversa. Ele ensina que a separação de poderes é construída sobre três bases lógicas: democracia, especialização funcional e direitos fundamentais. A exigência técnica é um dos limites ao exercício do poder político democrático, assim, os espaços da burocracia e o campo de atuação dos juízes não podem sofrer intervenções políticas. Para encaixar essa racionalidade técnica no dilema presidencialismo *versus* parlamentarismo, ele aponta o modelo do “parlamentarismo limitado” como um fator positivo à separação dos poderes (p. 689).

Ackerman (2000, pp. 689-690) assinala que a temática da separação dos poderes não se esgota na discussão da melhor forma de divisão do poder legiferante, mas deve considerar, também, a fase de implementação das leis e a relação entre políticos e burocratas técnicos. Primeiramente ela alerta para a necessidade de se evitar que os políticos que criam as leis possam influenciar no resultado de sua aplicação, enfatizando as três partes da chamada “especialização funcional”: Fraqueza dos políticos diretamente eleitos; Recursos culturais e humanos da nação; E criatividade institucional. Na primeira, ele alerta para o fato de que, quanto mais os políticos interferem na aplicação das leis, mais imparciais e imperfeitas elas serão; Além disso, quanto mais tempo eles gastarem interferindo na política, menos tempo passarão exercendo a função que podem legitimamente exercer, ou seja, legislar para a elaboração de valores básicos; O autor alerta, também, para os políticos envolvidos em disputas concretas, quando acabam por criar suas próprias mini burocracias hiperpolitizadas para favorecer interesses específicos daqueles que os apoiam; Assim, ele conclui que os políticos devem estar focados apenas nas questões legislativas básicas provenientes da dinâmica da vida social. Na segunda parte, o autor trata da cultura “weberiana”, ou seja, pressupõe a disponibilidade de pessoas talentosas e especializadas para prestarem o serviço público ao Estado, e que também, conforme o terceiro item, detenham potencial criativo na elaboração de leis constitucionais, sob pena de se imperar o clientelismo e a corrupção.

O autor caracteriza a noção do público na América, alertando para o superpoder do Presidente, que representa a principal ameaça à separação dos poderes. Ele conclui que os EUA não foram exitosos em promover a separação dos poderes políticos entre o Presidente e o Poder

Executivo. Para ele, é falsa a concepção de que o poder do Presidente jaz no Executivo, dado que a constituição divide o poder apenas entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Portanto, considerando que o poder sobre a burocracia não seja Legislativo nem Judicial, e ele só poderia ser parte do Executivo, o qual demanda a necessidade de existência de uma quarta instância do poder: A burocracia (ACKERMAN, 2000, pp. 690-693).

Visando aperfeiçoar a separação dos poderes no Estado Democrático contemporâneo, o autor propõe duas direções para o Direito Constitucional: Criar uma instância de integridade e outra reguladora. A primeira seria dotada de atribuições específicas em relação aos demais poderes do Estado, especialmente para controlar a legitimidade da gestão burocrática e combater a corrupção; Para isso, ela deve contar com autonomia e independência, além de altos salários e planos de carreira, orçamento mínimo, etc. A segunda, por sua vez, decorre da exigência do Estado moderno de uma atividade mais criativa do corpo técnico regulador, com conhecimento científico e experiência profissional para suplementar a legislação ordinária, de forma a tornar a lei apta a realizar um Estado mais justo e eficiente. Ele conclui afirmando que a moderna separação de poderes deve discutir o papel da estrutura da atividade regulatória do Estado, buscando conciliar a legitimidade democrática dos políticos com a técnica dos burocratas (pp. 694-697).

Os antagonismos existentes nos modelos de separação de poderes também são abordados por Ackerman (2000, pp. 697-699), com o objetivo de integrar a burocracia na visão constitucional do Estado Liberal Democrático. Para ele, o pensamento tradicional da separação de poderes está supra aumentado e subdesenvolvido ao mesmo tempo. A separação do poder legiferante entre Presidente, Câmara e Senado é fraca como doutrina de legitimidade democrática, mas forte enquanto doutrina de especialização funcional. Mesmo assim, segundo o autor, não se pode elaborar uma doutrina baseada apenas nessa segunda lógica, pois, no Parlamentarismo, o Primeiro Ministro e seus ministros de gabinete visam à próxima eleição, e, por isso, buscam o máximo de efetividade na implementação de sua burocracia. Os burocratas, segundo o autor, devem pautar suas condutas pela ética “weberiana” da neutralidade burocrática: Caráter legal das normas, caráter formal da comunicação, impessoalidade no relacionamento, divisão do

trabalho, hierarquização da autoridade, respeito às rotinas e procedimentos, relevância superior da competência técnica e do mérito, exigência da especialização da administração e previsão de funcionamento da máquina burocrática. Assim, o ponto de equilíbrio entre a política e a técnica implica em os políticos se concentrarem na atuação técnica e eficiente dos burocratas sem se preocupar com suas inclinações políticas, refletindo uma garantia da ausência de questionamentos futuros em relação a movimentos políticos passados ou futuros. O autor conclui que os elementos marcantes na relação entre política e burocracia no modelo parlamentarista são: Competência técnica, especialização de administração e profissionalismo. Ele contrapõe tal modelo ao presidencialista, em que, por ser a Presidência separada do Congresso, a ética de neutralidade burocrática não é suficiente para regular a relação entre o poder político e os burocratas, ocorrendo a “politização da burocracia”; Nesse cenário, a prioridade do burocrata passa a ser a articulação de uma missão política que irá atrair o apoio dos Poderes responsáveis pelas decisões legislativas fundamentais, com a mobilização de grupos de interesse visando impressionar os membros da Câmara, Senado e do Executivo. Ademais, ele atrela à politização da burocracia um segundo fator, qual seja, a possibilidade de entricheiramento da legislação no próximo ciclo eleitoral. O autor conclui que o parlamentarismo leva à competência neutra, ao passo que a separação dos poderes leva à politização da técnica, sendo o mandato do Presidente difundido pelos eleitores e diversas frentes burocráticas (p. 701). Ele remata: *“When lawmaking power is separated between president and congress, the civil service becomes a battleground between entrenched ideological bureaucrats and presidential loyalists struggling endlessly for political support”* (p. 702).

No que diz respeito aos ônus da politização da técnica, Ackerman (2000, p. 703) caracteriza a atuação dos burocratas nos EUA, os quais atuam de forma ininterrupta e não valorizam o aspecto técnico-científico de suas funções, confundindo-as com a dos políticos, o que agrava a pessoalidade e a parcialidade das ações burocráticas; Existe, também, o risco do Presidente não deter controle sobre a burocracia; Prevalece, assim, a lealdade política sobre a excelência técnica e o número de cargos de confiança cresce, resultando na falta de trabalho em equipe, essencial para o

desenvolvimento da coerência política (p. 707); Ademais, muitos dos burocratas permanecem por pouco tempo no cargo, acarretando diversas vagas no curso do mandato presidencial (p. 708).

Ackerman (2000, pp. 710-711) utiliza-se da obra de Huntington para retratar o potencial impacto destrutivo da separação dos poderes na gestão governamental, pois, ao invés de buscar a melhor reputação para ter seus conselhos ouvidos pelo Presidente, os grupos de burocratas unem seus esforços ao dos líderes dos comitês relevantes no Congresso para impor suas prioridades ao Presidente, promovendo decisões permeadas de símbolos para impressionar seus aliados políticos. Ademais, ele salienta que o Presidente não busca excelência profissional ao nomear tais pessoas ou grupos, mas lealdade política.

Ao tratar dos perigos da separação dos poderes para o Estado de Direito, Ackerman (2000, p. 712) aponta que o papel do Presidente no processo de elaboração das leis cria incentivos conflitantes, pois, para implementar uma iniciativa, ele propõe mudanças ou utiliza de sua autoridade legislativa para promover tais mudanças, o que ocasiona a politização da burocracia, ou seja, a aplicação parcial e viciada das leis em benefício de suas iniciativas. O autor confronta tal realidade à do Parlamentarismo, em que o governo sempre atua sob o regime de autoridade plena, pois o Primeiro Ministro tem o apoio da maioria no Parlamento, sendo-lhe de grande facilidade e pequeno custo aprovar as suas propostas e projetos. Ademais, no tipo burocracia pautado pela neutralidade, os burocratas fazem carreira, permanecendo por longos anos e são mais difíceis de influenciar. Assim, o autor conclui que a estrutura parlamentarista possui custos menores para a alteração legislativa e maiores para influenciar a burocracia, de forma que tal sistema é mais seguro para o Estado de Direito. Já no presidencialismo, a lealdade à figura do Presidente é propícia à exorbitação da legalidade, sendo corrigidos os abusos por meio do controle judicial. Por fim, ele propõe um sistema que conjuga elementos do parlamentarismo com a revisão judicial própria do sistema de separação de poderes americano. Ele conclui:

The separation of powers between house, senate, and president not only encourages crises in governability in times of impasse and desperate struggles against the constitutional clock at moments of full authority. It not only militates against proportional representation and encourages the cult of personality. It also undermines the good form

of separation, which seeks to exploit the logic of functional specialization. Rather than encouraging the creative constitutional combination of political responsibility and professional expertise, it overpoliticizes public administration and erodes the rule of law (ACKERMAN, 2000, pp. 712-714).

O próprio autor contrapõe à sua conclusão duas ordens de objeção: O mito do Estado de Direito, pois a interpretação imparcial da lei é impossível em razão da indefinição de seus conceitos semânticos e pelas preconceções do intérprete, que influenciam na sua interpretação; E o mito da “expertise”, pois, por ser comum a anuência à politização da burocracia, a qual é tomada como algo normal em vista do modelo americano de separação de poderes, tudo acaba por se resumir à questão política, não se exigindo tecnicidade alguma (p. 715).

Sob a ótica da proteção dos direitos fundamentais, Ackerman (2000, pp. 715-716) defende sua teoria no sentido de limitar a autoridade legislativa dos políticos democraticamente eleitos. Ele divide sua explanação em dois segmentos, tratando, no primeiro, dos direitos fundamentais atrelados ao próprio conceito de democracia; Neste, o autor propõe a existência de agências independentes para supervisionar o processo eleitoral, de forma a evitar os abusos do poder pela maioria detentora do poder legiferante, chamando-o de “instância democrática”; Esta seria dotada de autonomia em relação aos poderes tradicionais, mas com o espectro de atuação delimitado conforme o desenho constitucional da democracia (e.g. fiscalização do processo eleitoral, alocação de recursos, definição de distritos eleitorais, etc.). A título de exemplificação, o autor cita a Comissão existente na Índia, cuja função constitucional é a superintendência, direção e controle do processo eleitoral e, também, a proposta do Reino Unido, de criação de uma comissão eleitoral com amplos poderes, incluindo a regulação das doações aos partidos políticos e a limitação dos gastos durante a campanha; Ele cita tal proposta:

The functions of the Electoral Commission are crucial to maintaining public confidence in our democratic institutions. It is vital, therefore, that the Commission is wholly independent of the government of the day, and is seen to be scrupulously impartial in its dealings with political parties. To ensure that this is the case, the Commission will not be a non-department public body on normal lines but will be directly accountable to Parliament. The Bill provides for distinctive machinery for appointing the members of the Electoral Commission and for setting the Commission's budget, which will help reinforce its independent status (ACKERMAN, 2000, p. 721).

Ao tratar do Segundo segmento, ou seja, a tutela dos direitos fundamentais, o autor questiona o conceito de “fundamental”. Ele inicia pelo liberalismo “laissez-faire”, o qual pressupõe o mínimo de intervenção estatal, devendo a elaboração dos direitos fundamentais se pautar no *status quo*. Para ele, o modelo de separação de poderes atuando sob o modo de impasse favorece a manutenção desse *status*, diante da ausência de modificações; Entretanto, ao atuar sob o modo de autoridade plena, há um excesso legislativo, extrapolando os limites constitucionais e violando, até mesmo, os direitos fundamentais, bem como ocorre o entricheiramento dos programas governamentais. Nesse cenário, ele menciona que a separação do poder legiferante minimiza a lógica de especialização funcional, estimulando a hiperpolitização dos tribunais e da burocracia em detrimento da aplicação imparcial do princípio da legalidade (p. 723). Ele conclui, ainda, que existe o risco de colapso constitucional, que pode transformar a democracia em tirania; Assim, ele propõe como possível solução para tais problemas a adoção do sistema do “parlamentarismo limitado”, o qual autoriza a corte constitucional a promover o “judicial review”, bem como evita colapsos constitucionais, a corrosão do Estado de Direito, a hiperpolitização da política e os perigos do modo de autoridade plena na separação dos poderes.

Em um segundo momento, Ackerman (2000, pp. 723-726) trata da justiça distributiva, reiterando que o risco de tirania existe não só pela própria atuação governamental, como também pela ignorância, pobreza e preconceito; Assim, para ele, exige-se a atuação estatal a fim de minimizar o desequilíbrio social e proteger as liberdades fundamentais. O autor destaca o enfraquecimento político como o problema do ciclo vicioso de injustiças, pois as vítimas de ignorância, pobreza e preconceito não conseguem se mobilizar efetivamente para a promoção de ações políticas. Ele propõe, então, a criação de uma “instância de justiça distributiva” para a manutenção da política democrática padrão. Para a sua criação, ele ressalta ser necessária uma releitura do princípio da separação de poderes tradicional, de forma que seja atribuída a essa instância o controle dos direitos sociais e econômicos, exigindo comportamentos positivos do Estado, não deixando o cumprimento apenas a cargo do Judiciário (judicialização das questões políticas e sociais). O autor conclui que a implantação de uma “instância de justiça distributiva” deve

considerar os diversos problemas de implementação envolvidos na população-alvo, definindo constitucionalmente a missão dessa instância, a qual deve estar voltada aos direitos democráticos e à justiça distributiva, tais como a execução de tarefas simples (e.g. entrega de subvenções econômicas), ficando os serviços complexos, como a saúde e a educação, a cargo das decisões políticas cotidianas.

5.3 OS DIREITOS HUMANOS E O DEVER DO ESTADO PARA A SUA EFETIVAÇÃO AO LONGO DA HISTÓRIA

A primeira referência histórica que se tem do reconhecimento de direitos dos cidadãos, de acordo com Comparato (2003, pp. 69-84), ocorreu na “Carta Magna”, outorgada pelo rei da Inglaterra, em 1215, quando se lançaram as bases da civilização moderna; Nela previu-se: a separação da Igreja do Estado, a supremacia da lei, a inafastabilidade da jurisdição, o respeito à propriedade privada, o devido processo legal, a liberdade de locomoção, a autonomia e regularidade da administração pública, e a responsabilidade do rei perante os súditos.

O autor segue relatando a evolução histórica dos direitos humanos, indicando a edição da *Bill of Rights* inglesa, em 1689, a qual pôs fim ao regime de monarquia absolutista, passando ao Parlamento a competência para legislar e criar tributos; Além disso, institucionalizou permanentemente a separação de poderes no Estado e reafirmou a existência de direitos fundamentais tais como, o direito de petição e a proibição de penas cruéis (pp. 89-94).

Em 1776, como representação da democracia moderna, ele anota que os Estados Unidos da América do Norte declararam a sua independência e elaboraram uma Constituição na qual estabeleceram: regime constitucional, representação popular com a limitação dos poderes dos governantes e o respeito aos direitos humanos. Foi o primeiro documento a afirmar princípios democráticos, refletindo a soberania popular - nova legitimidade política preponderante. Também foi o primeiro a prever direitos

inerentes e inalienáveis de todos os homens, necessários à dignidade humana. Reconheceu os direitos à liberdade e à igualdade, mas não à fraternidade/solidariedade (pp. 95-104). Em seguida à declaração de independência dos EUA, segundo o autor, iniciam-se as “Declarações de Direitos” dos estados norte-americanos, revelando-se como cartas fundamentais da afirmação da autonomia individual. Os EUA foram pioneiros ao atribuir aos direitos humanos a qualidade de direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente pelo Estado (pp. 107-110).

No ano de 1787, o autor relata a edição da “Declaração dos Estados da Virginia”, em que se declarou que todos os seres humanos são igualmente livres e independentes, por sua própria natureza. O documento não só reconheceu direitos inatos à pessoa humana, que não podem ser suprimidos ou alienados por decisão política, como também: atribuiu a titularidade do poder ao povo, estando os governantes a este subordinado; declarou a soberania popular, sendo o povo livre à melhor adequação da sociedade ao bem comum; afirmou a igualdade perante a lei, rejeitando privilégios de qualquer natureza; e proclamou a igualdade da condição política de todo cidadão. Por outro lado, trouxe disposição contendo o voto censitário e deixou de atribuir ao Judiciário a competência para declarar a invalidade ou para suspender a execução de leis contrárias à Constituição (pp. 111-115).

Em 1789, Comparato (2003, pp. 116) assinala duas grandes inovações na seara dos direitos humanos: A ratificação das dez primeiras emendas à Constituição norte-americana, dentre as quais se destaca a previsão do devido processo legal e a “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”, na França. Nesta destacam-se o seu caráter universal, genérico e abstrato (que a transformou numa referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos), e os ideais de liberdade (supressão de desigualdades estamentais), igualdade (fim das servidões feudais e privilégios religiosos) e fraternidade (libertação e auxílio aos povos que quisessem reconquistar a liberdade) nela previstos. A despeito dos benefícios que a revolução francesa implantara, surgiu o problema de se encontrar um novo titular da soberania em substituição ao monarca. Criou-se, assim, uma Assembleia Nacional, em que os deputados, reunidos, representavam os cidadãos – neste momento consagrou-se o exercício da soberania por meio de

representantes (pp. 116-147).

Já nas Constituições francesas de 1791 e 1793, segundo ele, foram reconhecidos, pela primeira vez, os direitos humanos sociais e também foi estabelecido o controle judicial de constitucionalidade das leis. Nesta, aboliu-se o sufrágio censitário, instituindo-se, em definitivo, o regime republicano - reconhecimento da soberania política do povo; seu texto afirmava: *“a insurreição do povo contra o governante que viola direitos é o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres”* (pp. 148-150). Ele segue indicando que, como resposta à constituição francesa de 1795, em que a burguesia tomou o poder e afastou o domínio do povo, suspendo-lhes os direitos, em 1848 instaurou-se uma nova Constituinte e foram convocadas eleições. O novo texto previu constitucionalmente a liberdade, mas condicionou o seu exercício a regulamentação legal posterior; previu, ainda, deveres do Estado em relação aos necessitados em geral (pp. 151-168).

Em 1864, com a “Convenção de Genebra”, criou-se o direito humanitário em matéria internacional, ou seja, foram introduzidos, pela primeira vez, os direitos humanos na esfera mundial, visando à melhoria de condições dos militares feridos e à reconstrução dos países atingidos pela guerra (COMPARATO, 2003, pp. 169-172). Para Piovesan (2013, p. 184) este foi um dos primeiros marcos da internacionalização dos direitos humanos, redefinindo o âmbito da soberania estatal e o *status* de indivíduo no cenário internacional, pois este se tornou sujeito de direito internacional.

Em 1917, a Constituição Mexicana trouxe muitas inovações, dentre as quais a atribuição da qualidade de direitos fundamentais aos direitos trabalhistas, os quais foram previstos como liberdades individuais e direitos políticos. Tal postura instigou mudanças semelhantes em legislações que se seguiram: Em 1918, a “Declaração de Direitos do Povo Trabalhador Explorado”; Em 1919, criou-se a “Organização Internacional do Trabalho” e foi promulgada a “Constituição de Weimar” na Alemanha. Esta, como produto da guerra que se findara recentemente, apontou a democracia social como a melhor forma de defesa da dignidade humana, complementando direitos civis e políticos (negados pelo comunismo), e econômicos e sociais (negados pelo liberal-capitalismo); Dividida em duas partes, a primeira organizou o Estado e a segunda declarou direitos e deveres fundamentais, sendo que foi além da

declaração clássica de direitos que exigia apenas um não fazer do Estado, prevendo, quanto aos direitos sociais, a necessidade de ação estatal, por meio de políticas públicas e programas de ação voltados à garantia dos direitos à educação, saúde, trabalho, etc. Além disso, esta estabeleceu, pela primeira vez, a igualdade jurídica entre os sexos, e, ao dispor sobre educação pública e direito trabalhista, organizou as bases da democracia social ao prever: o dever fundamental do Estado quanto à educação escolar, a limitação da liberdade de mercado para preservar a dignidade humana, a função social da propriedade e a elevação dos direitos trabalhistas e previdenciários a nível constitucional (COMPARATO, 2003, pp. 173-195). O pós-guerra consolida, definitivamente, o direito internacional dos direitos humanos, fazendo brotar a ideia de que a proteção dos direitos humanos não pode ficar restrita a um só Estado, por ser tema de legítimo interesse internacional (PIOVESAN, 2013, pp. 189-190).

Seguiram-se a “Convenção de Genebra sobre a Escravatura”, em 1926 e a “Convenção Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra”, em 1929, culminando na aprovação da “Carta das Nações Unidas”, em 1945, quando os povos se conscientizaram de que a sobrevivência da humanidade dependia da colaboração de todos na reorganização das relações internacionais e no respeito incondicional à dignidade humana. A Carta consagrou apenas liberdades individuais como direitos humanos, mas expressou em seu preâmbulo o propósito de *“Empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos”* (COMPARATO, 2003, pp. 196-217). Piovesan (2013, p. 198) afirma que a Carta refletia o consenso da preocupação dos Estados em defender, promover e respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Comparato (2003, p. 218) ensina que, em 1946, foi criada a “Comissão de Direitos Humanos” da Organização das Nações Unidas (ONU), com a função de promover e proteger dignidade humana por meio da elaboração de anteprojetos de tratados internacionais relativos aos direitos humanos ou através do início de inquéritos sobre violações desses direitos; Criou-se, ainda, um “Conselho de Segurança” da ONU para manter a paz e a segurança entre os países e uma “Corte Internacional de Justiça”, para a solução dos conflitos internacionais (pp. 218-221). E em 1948, como primeiro ato da Comissão, esta promulgou a “Declaração Universal dos Direitos

Humanos”. A Declaração representou o reconhecimento universal da igualdade humana em termos de dignidade. Proclamou, em seu artigo 1º, os três princípios axiológicos principais em matéria de direitos humanos: liberdade, igualdade e fraternidade. Afirmou a liberdade (política e individual) e consagrou o princípio essencial da igualdade. Quanto à fraternidade/solidariedade, trouxe exigências elementares visando à proteção das classes ou grupos mais necessitados, prevendo: direito à seguridade social, direito ao trabalho e proteção contra o desemprego, direitos ligados ao contrato de trabalho, livre sindicalização, direito à educação, etc. Ainda, de acordo com a Declaração, “*A democracia é o único regime compatível com o pleno respeito aos direitos humanos*” de forma que, a partir daí, o regime democrático passou a ser a única solução legítima para a organização do Estado. Por fim, reconheceu o primeiro e mais fundamental direito da humanidade: a constituição de uma ordem internacional respeitadora da dignidade humana. Também, em 1948, aprovou-se a “Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio” (pp. 222-250).

Piovesan (2013, pp. 221-225) relata que, no auge da concepção universal dos direitos humanos, este sofreu resistência do chamado “relativismo cultural”, referente às circunstâncias específicas de cada sociedade. A discussão foi encerrada pela “Declaração de Viena”, que afirmou em seu texto:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionáveis. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Segundo Comparato (2003, pp. 251-274), no ano de 1949, com a aprovação da “Convenção de Genebra sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos”, completou-se o chamado “Direito de Genebra”, englobando quatro convenções (1864, 1926, 1929 e 1949). Em 1950, aprovou-se a “Convenção Europeia dos Direitos Humanos”, a qual não representou avanço em termos de reconhecimento de direitos, pois somente apontou os direitos individuais clássicos. Entretanto, contribuiu ao instituir um órgão para fiscalizar

o respeito aos direitos nela declarados e para julgar as eventuais violações, e também ao reconhecer o indivíduo como sujeito de direito internacional.

Em 1966, a ONU adotou dois pactos internacionais sobre direitos humanos: “Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos” e “Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, os quais, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos (COMPARATO, 2003. pp. 275-361). Piovesan (2013, pp. 234-238) assevera que, no primeiro, em que se estabeleceram direitos dos indivíduos, estes seriam autoaplicáveis e passíveis de cobrança imediata; O segundo, que regulou direitos e deveres do Estado, previu direitos programáticos, a serem progressivamente implementados.

Segundo Comparato (2003, p. 362-378), levados por esse espírito, em 1969, os países americanos convencionaram o reconhecimento de direitos na “Convenção Americana de Direitos Humanos” ou “Pacto de San José da Costa Rica”, prevendo: o princípio da prevalência de direitos mais vantajosos para a pessoa humana, o fim da pena de morte, o fim do aborto, o fim da prisão civil que não seja por dívida alimentar, a previsão do direito de resposta, o fim da restrição à liberdade de expressão, a proibição da usura ou outras formas de exploração do homem pelo homem e o direito ao asilo. Para o autor, a “Convenção Relativa ao Patrimônio Mundial, Cultural e Natural”, de 1972, proclamou, pela primeira vez, o direito da humanidade, prevendo que alguns bens pertencem a toda a humanidade (pp. 379-390).

Ele ensina que, em 1981, a “Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos” proclama que os povos são titulares de direitos humanos, especialmente direito à diferença, à existência e ao desenvolvimento (econômico, social e político), devendo este último ser promovido pelos poderes públicos com a participação de todo o povo. Foi a primeira Carta a afirmar o direito dos povos à preservação do equilíbrio ecológico, indicando o desenvolvimento sustentável. Encontrou como dificuldades: a falta de um mecanismo de representação do povo e a ausência de mecanismos jurídicos de garantias aos direitos (pp. 391-402). No ano seguinte (1982), aprovou-se a “Convenção Sobre o Direito do Mar”, o que inaugura o 4º estágio na ampliação da titularidade subjetiva dos direitos humanos: 1ª – proteção dos indivíduos, 2ª – proteção dos grupos sociais, 3ª –

proteção dos povos e 4ª – proteção dos direitos fundamentais da humanidade. Como características, pode-se apontar que é o texto mais longo de toda a história do direito internacional e que criou, pela primeira vez, uma organização mundial de exploração econômica de recursos naturais em benefício da humanidade (pp. 403-421).

Comparato (2003, pp. 422-444) cita, ainda, a “Convenção sobre a Diversidade Biológica”, de 1992, trata da harmonia ambiental do planeta, apontando o princípio fundamental da solidariedade entre a geração atual e as futuras como fundamento do desenvolvimento sustentável, ou seja, aquele capaz de satisfazer as necessidades presentes sem comprometer as das gerações futuras.

O autor relata, no ano de 1998, a aprovação do “Estatuto do Tribunal Penal Internacional”, com jurisdição internacional para o julgamento dos crimes de genocídio, e crimes contra a humanidade, de guerra e de agressão (pp. 445-469). Para Piovesan (2013, p. 305), o seu surgimento tem por objetivo assegurar o fim da impunidade para os crimes mais graves internacionais, considerando as falhas ou omissões das instituições nacionais na repressão desses tipos de crimes.

5.3.1 A Institucionalização dos Direitos e Garantias Fundamentais no Brasil

PIOVESAN (2013, pp. 83-89) afirma que, sendo a cidadania e a dignidade da pessoa humana alicerces fundamentais do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais apresentam-se como base da realização do princípio democrático.

Segundo a autora, o processo de redemocratização no Brasil teve início em 1985, com o fim do regime militar. Entretanto, Nunes Junior (2009, pp. 57-63), discorrendo sobre os direitos sociais na ordem jurídica brasileira, relata que já a primeira constituição brasileira, de 1824, trouxe uma abertura para o social, prevendo, em seu artigo 179, a existência de “socorros públicos, instrução primária universal e gratuita, e a existência de colégios e universidades”, disposições com forte sentido assistencialista”. Tal ideal, entretanto, não influenciou a primeira Constituição Republicana, de 1981, que

se limitou a disposições relacionadas à organização do Estado e ao reconhecimento dos direitos de liberdade; Outrossim, em 1926, uma reforma constitucional integrou o direito do trabalho à Constituição. Já a Constituição de 1934, inspirada pelo movimento de 1930 e também pelo movimento constitucionalista de 1932, deu início ao Estado Social de Direito; foi a Constituição que se preocupou em identificar um Estado marcado pela presença institucional dos direitos sociais e trouxe as seguintes inovações: a previsão de direitos de proteção ao trabalho, criação da justiça do trabalho para dirimir os conflitos entre empregados e empregadores, a prescrição de dissídios coletivos, a proteção da família e da educação. A Constituição de 1937 pôs fim ao curto período de institucionalidade democrática vivenciado, sendo marcada pela influência do pensamento autoritário, trazendo restrições de direitos, censura, controle dos sindicatos, etc. A Constituição sucessora, de 1946, promoveu um repúdio ao espírito autoritário da ordem jurídica antecedente; ressurgiram o princípio federativo, ao lado da vontade de reorganização dos Poderes, bem como a tendência de fortalecimento do Legislativo e do Judiciário; do ponto de vista dos direitos sociais, ela buscou fortalecer a noção de Estado Social (ex.: participação dos trabalhadores no lucro, reconhecimento do direito de greve, etc.). A Constituição de 1967, por sua vez, típico exemplo de Constituição outorgada, prenuncia o tratamento que os direitos fundamentais passaram a receber na ordem jurídica nacional, ficando, no mais das vezes, com sua eficácia condicionada à necessidade de lei para implementar tais direitos. Por fim, ele relata que essa última Constituição sofreu uma emenda constitucional em 1969, que funcionou como um substitutivo da primeira; todavia, quanto aos direitos sociais, não houve alteração estrutural dos dispositivos anteriormente vigentes.

A Constituição Federal de 1988, também chamada de “Constituição Cidadã”, representou um grande marco jurídico, pois não só instituiu um regime político democrático, como também representou um avanço na consolidação legislativa dos direitos e garantias fundamentais nos setores vulneráveis da sociedade brasileira. A CF de 1988 assinalou, pela primeira vez, nos objetivos do Estado, prestações positivas para concretizar a democracia econômica, social e cultural, efetivando-se, na prática, a dignidade da pessoa humana. Relativamente à declaração de direitos, foi a primeira a prever os

direitos sociais, estendendo a titularidade dos direitos e ampliando os bens tutelados; Ademais, seu texto reforçou a imperatividade das normas ao estabelecer o princípio da imediata aplicação das normas constitucionais.

No que se refere às relações internacionais, a doutrina de PIOVESAN (2013, p. 99) estatui que a Constituição inaugurou a prevalência dos direitos humanos como princípio da ordem internacional, vigendo os seguintes princípios: autodeterminação dos povos, repúdio ao terrorismo e racismo, e cooperação para o progresso da humanidade.

Na relação entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos, que são a principal fonte de direito internacional, a autora chama a atenção para a sistemática de incorporação desses tratados ao ordenamento jurídico pátrio, cuja dinâmica está prevista nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal:

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

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O §2º, do artigo 5º, da CF, ampliou o rol de direitos previstos na Constituição Federal, para englobar outros presentes nos tratados internacionais aderidos pelo Brasil. Já o §3º, do mesmo dispositivo, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos, aprovados segundo as normas acima expostas, o *status* de emenda à Constituição. Dessa forma, a autora leciona que os tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil tenha sido parte, anteriormente à referida emenda, são materialmente, mas não formalmente constitucionais (somente os submetidos ao processo de aprovação acima são material e formalmente constitucionais), de forma que admitem a denúncia – o que não é possível naqueles aprovados posteriormente à EC nº 45, de 2004. Ela também ensina que, com a

incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, os direitos neles previstos passam a ter aplicação imediata, exigindo-se a edição de “Decreto de Execução” apenas para os tratados internacionais tradicionais.

Dessa forma, ainda segundo a autora (p. 177), o direito enunciado no tratado internacional poderá reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, ampliar o elenco de tais direitos ou fazer prevalecer a norma mais favorável à vítima. Portanto, para ela, os direitos internacionais constantes de tratados internacionais apenas vêm aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno.

Assim, pode-se afirmar que o país se inseriu na sistemática internacional de proteção aos direitos humanos, aumentando a amplitude do termo “cidadania”, pois ampliou o rol de direitos humanos fundamentais ao incluir os direitos assegurados internacionalmente. Ademais, o Estado comprometeu-se a manter o Estado Democrático de Direito e a proteger um núcleo de direitos básicos, aceitando a fiscalização de órgãos internacionais caso não o faça.

5.4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, ao lado da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, são a essência do Estado Constitucional. Dessa forma, o exercício do poder pelo Estado está condicionado aos limites fixados na Constituição. Os direitos fundamentais, por sua vez, além de representarem limites ao poder, são critérios para aferir a sua legitimidade (SARLET, 2001, pp. 61-66).

De acordo com o autor, embora a Constituição Federal de 1988 não tenha qualificado o Brasil como Estado social e democrático de Direito, ela previu diversos direitos fundamentais sociais, os quais, para ele: “[...] *constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantias da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de democracia de um Estado de Direito*” (SARLET, 2001, p. 66).

Ao tratar da concepção dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, Sarlet (2001, pp. 67-82) salienta seu caráter analítico, seu pluralismo, e seu forte conteúdo programático e dirigente, que revelam, segundo ele a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual “[...] erosão ou supressão dos poderes constituídos” (p. 67), o seu caráter compromissário (para atender todos os envolvidos, mesmo com posições conflitantes) e a imposição aos poderes públicos de diretrizes a serem seguidas, implementadas e asseguradas pelo Poder Público. O autor também ressalta a posição “topográfica” dos direitos fundamentais (logo no início da Constituição) e a norma prevista no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que prevê a imediata aplicação das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

No que diz respeito à multifuncionalidade e classificação dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, Sarlet (2001, p. 170) aponta, de um lado, os direitos fundamentais como direitos de defesa, e, de outro, os direitos fundamentais como direitos a prestações. Estes, por sua vez, podem ser classificados em direitos a prestações em sentido estrito (remetem à atuação do poder público como expressão do Estado Social: criação, fornecimento e distribuição das prestações materiais existentes – são prestações fáticas) ou direitos a prestações em sentido amplo (dizem respeito às funções do Estado de Direito: proteção da liberdade e igualdade na dimensão defensiva – são posições prestacionais não fáticas). Ele ensina, ainda, que estes podem ser divididos em: direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento.

Os direitos à proteção são obrigações de adotar medidas positivas com vistas a garantir e proteger a fruição dos direitos fundamentais, de forma que o seu âmbito de atuação abarca tudo o que esteja sob a proteção dos direitos fundamentais:

A forma como o Estado assume os seus deveres de proteção e os efetiva permanece no âmbito de seu próprio arbítrio, levando-se em conta, neste contexto, a existência de diferentes alternativas de ação, a limitação dos meios disponíveis, a consideração dos interesses colidentes e a necessidade de estabelecer prioridades, de tal sorte que não se poderia, em princípio, falar de um dever específico de agir por parte do Estado. (SARLET, 2001, p. 195).

Já os direitos à participação na organização e procedimento referem-se aos direitos à criação de estruturas organizacionais e emissão de normas procedimentais que permitam a participação na organização e procedimento estatais. O autor afirma que diversos direitos fundamentais ficam impossibilitados de fruição ou perdem a sua efetividade caso não sejam disponibilizadas prestações estatais nas esferas organizacional e procedimental, ou, ainda, só atingem sua eficácia com a sua efetiva realização, por meio de uma ação conjunta e ordenada (p. 197).

Relativamente aos direitos fundamentais sociais em sentido estrito, Sarlet (2001, p. 201) assevera que tais normas consagram direitos de natureza prestacional e que objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, o que pressupõe um comportamento ativo do Estado, pois dependem da eliminação das desigualdades.

No que diz respeito aos direitos fundamentais como direitos de defesa, o autor leciona que eles objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade. Tais direitos outorgam ao indivíduo um direito subjetivo para evitar as ingerências indevidas na proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação das agressões que esteja sofrendo em sua autonomia pessoal. Segundo ele, no plano jurídico-objetivo, representam normas de competência negativa para os poderes públicos, e, no plano jurídico-subjetivo, equivalem ao poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar possíveis agressões lesivas (“status positivus”). Os direitos de defesa se opõem aos direitos a prestações, que representam o “status positivus” do Estado, ou seja, a sua incumbência de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais (p. 188).

Outra classificação importante dos direitos a prestações distingue-os entre direitos originários e direitos derivados. Estes concebem a concretização das normas constitucionais pelo legislador ordinário; Representam os direitos de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelos poderes públicos, e também o direito de participação nas prestações que tais instituições prestam à sociedade. Aqueles, por outro

lado, equivalem aos direitos ao fornecimento de prestações estatais decorrentes diretamente das normas constitucionais, independente da oferta desses bens e serviços por parte do Estado.

Ao tratar diretamente do tema da eficácia dos direitos fundamentais, o autor considera, em primeiro lugar, que não há norma constitucional destituída de eficácia. Entretanto, elas são graduadas conforme a sua carga de eficácia (na lição de José Afonso da Silva, eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada ou reduzida; e no ensinamento de Luís Roberto Barroso, normas de organização, normas definidoras de direitos e normas programáticas). Ele ensina, portanto, que as normas constitucionais assumem feições distintas de acordo com a função que exercem na Constituição, manifestando-se por meio de diferenciadas técnicas de positivação. Conclui-se, dessa forma, que não há como desconsiderar a íntima vinculação da densidade normativa com a eficácia e aplicabilidade da norma, sendo necessário, para enfrentar a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, considerar a sua função precípua (direito de defesa *versus* direito prestacional) e a sua forma de positivação no texto constitucional (p. 238).

A despeito da norma contida no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, segundo a qual “*As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”, Sarlet (2001, p. 245) assevera que nem todas as normas têm, de fato, aplicação imediata. Ele menciona como exemplo aquelas que estabelecem fins e tarefas a serem implementados pelo Estado, as que contêm imposições legiferantes e ordens concretas de legislar, ou ainda as que se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelos órgãos estatais (e que reclamam, por isso, mediação legislativa).

De outra feita, o autor destaca que a norma impõe aos órgãos estatais o dever de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, pois o seu caráter dirigente e vinculante, além de assegurar os direitos e garantias individuais fundamentais (tornando tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), também investe os poderes públicos na atribuição de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos. Assim, a aplicação

imediate e a eficácia plena assumem a condição de princípio geral, ressalvadas as exceções legítimas à luz do caso concreto. Para rematar suas considerações Sarlet (2001, p. 251) assevera que os direitos fundamentais possuem maior aplicabilidade e eficácia do que as demais normas constitucionais, mas, dependendo da forma de positividade, objeto e função que a norma desempenha, a sua aplicabilidade pode ser graduada de formas diversas.

A eficácia dos direitos sociais, na sua dimensão prestacional ou positiva, cinge-se a uma conduta positiva do destinatário da norma, a qual pressupõe seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui o seu objeto, qual seja, a realização da igualdade material, no sentido de garantir a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais. Dessa forma, tal preceito encontra-se intimamente vinculado às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem (SARLET, 2001, p. 263).

No que tange à relevância econômica dos direitos sociais prestacionais, o autor defende que ela está sempre presente, mesmo que indiretamente, pois tais direitos têm por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas a bens materiais. Ele destaca, por outro lado, a problemática da efetiva disponibilidade do objeto a ser prestado, o qual depende tanto da existência de recursos quanto da possibilidade de poder deles dispor, o qual, por sua vez, está condicionado a um juízo de ponderação por parte do legislador (razoabilidade). Sarlet (2001, pp. 266-267) avulta, também, a dificuldade de se definir o objeto da prestação ao nível constitucional, não sendo possível, muitas vezes, abstrair do texto constitucional quais prestações compõem o seu objeto, quiçá quando a norma é positivada em diversos dispositivos e utilizando-se de diferentes técnicas de positividade.

Relativamente ao direito de se exigir do Estado, judicialmente, direitos a prestações materiais, o mestre entende que os direitos originários a prestações sociais, ou seja, aqueles previstos diretamente no texto constitucional sem nenhuma exigência de mediação legislativa são direitos subjetivos a prestações e podem ser exigidos. Já os direitos derivados a

prestações pressupõem sua existência e concretização no âmbito prestacional; Nestes, o conteúdo social do princípio isonômico tem por objetivo uma restrição do arbítrio de determinado benefício, evitando cortes que poderiam impedir o acesso ao sistema prestacional existente; Trata-se de um direito subjetivo de natureza defensiva, ou seja, para evitar o tratamento discriminatório; Representa, portanto, um direito de igual acesso às prestações disponibilizadas (p. 276).

Ele aponta como argumentos favoráveis ao reconhecimento do direito subjetivo individual a uma prestação estatal: A natureza aberta e a formulação vaga das normas que versam sobre direitos sociais não impedem a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, pois é tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos quando da sua aplicação; Ele também assinala que, em sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso, sempre se poderá aplicar a norma constitucional, mesmo que sem intermediação legislativa. Entretanto, a depender da forma de posituação da norma, isto é, da estrutura jurídico-normativa do direito fundamental, não haverá direito à sua fruição nem a possibilidade de exigi-lo, conquanto que a norma expresse apenas uma finalidade do Poder Público sem apontar os meios para atingi-la; Além disso, ele salienta ser extremamente difícil ou até mesmo impossível precisar, ao nível constitucional, o conteúdo e o alcance da prestação que constitui seu objeto. Em alguns casos, entretanto, a norma transfere expressamente ao legislador ordinário a tarefa (o dever constitucional) de concretizar o direito fundamental, sendo possível exigi-lo apenas após tal ato de intermediação.

Outro argumento diz respeito à efetiva disponibilidade de recursos públicos para efetivar os direitos fundamentais, sendo que incumbe ao legislador ordinário a tarefa de decidir sobre a aplicação e destinação dos recursos, e quanto à definição de prioridades na esfera das políticas públicas, o que suscita reflexos diretos na questão orçamentária; Portanto, segundo o autor, a outorga ao Judiciário da função de concretizar os direitos sociais à revelia do legislador afronta o princípio da separação dos poderes; Ele alerta, ainda, para o fato de os juízes não possuírem a capacidade funcional necessária para garantirem a efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, uma vez que se encontram fora do processo político

e não dispõem de argumentos suficientemente claros e seguros para aferir tal questão. O autor exemplifica a problemática trazendo a lume o direito à saúde e os demais direitos que garantem uma existência digna, tais como, salário mínimo, assistência e previdência social. Para ele, o direito à saúde está umbilicalmente ligado ao direito à vida, mas também encontra-se vinculado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, com posições de fundamentalidade indiscutível (p. 287); Para ele, entretanto, a forma de positivação dos dispositivos pertinentes na Constituição Federal revelam normas de cunho programático (impositivo): O artigo 196 enuncia que a saúde é direito de todos e dever do Estado e impõe diversas tarefas aos poderes públicos, tais como: promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e serviços na área da saúde; No artigo 197 a Constituição remete ao legislador a regulamentação das ações e serviços de saúde; No artigo 198, ela cria e fixa as diretrizes do SUS; No artigo 199, oportuniza-se à iniciativa privada a participação complementar na prestação da assistência à saúde; E no artigo 200 são estabelecidas as atribuições do SUS. Ele explana, ademais, que cumpre saber se os poderes públicos são devedores de um atendimento global, isto é, de toda a prestação na área da saúde, e qual é o nível dos serviços a serem prestados, ou seja, se devem assegurar um patamar mínimo apenas para garantir a igualdade material ou mais do que isso? (p. 302).

Na esteira dessas indagações, Sarlet (2001, p. 321) lança três questionamentos de fundamental importância: a) O reconhecimento de direitos fundamentais originários a prestações sociais limita-se a um padrão mínimo? b) Qual seria este mínimo em prestações sociais assegurado pelas respectivas normas de direitos fundamentais? c) Pode-se negar a prestação reclamada sob o argumento da indisponibilidade de recursos para a sua satisfação?

De acordo com o autor, o problema reside menos no grau de completude da norma do que no aspecto da ausência de legitimação dos Tribunais para a determinação do objeto e do “quantum” da prestação, pois, em face da relevância econômica dos direitos sociais prestacionais e da problemática relativa à disponibilidade de recursos, a decisão sobre a aplicação desses recursos incumbe, precipuamente, ao legislador.

Ele avulta, outrossim, a possibilidade de reconhecimento de direitos subjetivos a prestações independente de sua concretização pelo legislador, pois muitos desses direitos possuem íntima relação com o próprio direito à vida e com o princípio da dignidade humana, de forma que, ao menos na esfera das condições existenciais mínimas, há um claro limite à liberdade de conformação do legislador.

O autor ensina, ainda, que o mínimo existencial não se trata apenas de uma mera existência física do indivíduo, mas se trata do necessário a garantir a dignidade humana. Para ele, portanto, a solução deve se ajustar à luz dos valores em pauta, com a contraposição de tais valores, ponderando-se, no caso concreto, os pressupostos genéricos referidos no caso específico de cada direito social. Nessa perspectiva, o autor conclui:

[...] sempre que o argumento da reserva de competência do Legislativo esbarrar no valor maior da vida e da dignidade humana, ou ainda, quando da análise de bens constitucionais colidentes resultar a prevalência do direito social prestacional, pode-se afirmar a existência de um direito subjetivo a prestações (mínimo existencial), admitindo-se, além desse mínimo, a existência de um direito subjetivo “prima facie” (SARLET, 2001, p. 324).

Dessa forma, ele assevera que se impõe a relativização da noção de direito subjetivo, havendo uma distinção quanto à força jurídica das diversas posições jurídico-prestacionais fundamentais em sua dimensão subjetiva e, igualmente, na esfera jurídico-objetiva; Também não se pode desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, os quais impõem ao Estado plena vinculatividade e o obrigam às prestações asseguradas pelas normas de direito fundamental.

O autor alerta, ademais, que não se pode esquecer que a previsão de direitos sociais na Constituição Federal produz o padrão desejável de justiça social, pois as fórmulas jurídicas não fornecem o instrumental suficiente à sua concretização. Assim, para ele, a efetividade dos direitos fundamentais não se alcança com a mera vigência da norma e, por isso, não se resolve exclusivamente no âmbito do sistema jurídico, sendo um problema de política dos direitos fundamentais. Dessa forma, o planejamento político-administrativo constitui condição procedimental e organizacional para a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais. Por fim, ele argumenta que

nem mesmo a Constituição do Estado Social pode negligenciar o patamar de desenvolvimento social, político, econômico e cultura da comunidade, sob pena de comprometer sua força normativa e suas possibilidades de alcançar a plena efetividade (p. 235).

No que diz respeito à vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, o autor ensina que a norma insculpida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, possui uma dupla significação da eficácia vinculante dos direitos fundamentais. Assim, não apenas de acordo com o critério formal e institucional, mas também no sentido material e funcional, os detentores dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário encontram-se obrigados pelos direitos fundamentais; Ou seja, tais direitos não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, exigindo-se destes a obrigação de plena realização dos direitos fundamentais.

Relativamente ao Poder Legislativo, ele assevera que a vinculação dos direitos fundamentais implica em uma limitação material da sua liberdade de conformação no âmbito da sua atividade regulamentadora e concretizadora, ou seja, tal norma constitucional representa uma limitação das possibilidades de intervenção do legislador em dois aspectos: Negativo, porquanto está proibido de editar atos legislativos contrários aos direitos fundamentais; E positivo, pois deve atuar conforme os parâmetros fornecidos para a concretização dos direitos fundamentais. De fato, segundo o autor, tais direitos assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica.

No que tange ao Poder Executivo, o autor ensina que o efeito vinculante dos direitos fundamentais alcança tanto as pessoas jurídicas de direito público como as pessoas jurídicas de direito privado que disponham de atribuições de natureza pública com os particulares; Ou seja, há uma vinculação em todas as formas de manifestação e atividades. Assim, ele afirma que os órgãos da Administração devem executar apenas as leis constitucionais e que estejam em conformidade com os direitos fundamentais, sob pena de invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais. O autor salienta que esses órgãos encontram-se sujeitos a tais direitos tanto na esfera de aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, quanto no exercício da sua atividade discricionária, sendo que nesta, quanto menor a sujeição da Administração às leis, maior a sujeição ao

conteúdo dos direitos fundamentais. O autor observa, ademais, que somente é permitido ao Executivo escusar-se da aplicação da lei que de forma evidente e inequívoca afronte os direitos fundamentais, ou seja, quando implique na prática de um crime (ofensa à vida ou à integridade pessoal) ou quando viole o núcleo essencial dos direitos fundamentais (aniquilamento do direito à vida ou à integridade). Por fim, quanto aos direitos sociais prestacionais, ele leciona que o efeito vinculante da norma é menor, pois tais preceitos se dirigem principalmente ao legislador; Entretanto, os órgãos administrativos encontram-se obrigados a considerar, no âmbito de sua discricionariedade, as diretrizes materiais contidas nas normas de direitos fundamentais a prestações.

Em relação ao Poder Judiciário, Sarlet (2001, p. 240) assinala que a vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais decorre da própria organização dos Tribunais e do procedimento judicial, sendo o conteúdo dos atos jurisdicionais vinculado a tais direitos, de forma que atuam como medidas de determinação e direcionamento das decisões materiais. Para ele, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, o Judiciário dispõe não apenas de poder, mas também do dever de não aplicar atos contrários à Constituição Federal e aos direitos fundamentais, declarando-lhes a inconstitucionalidade. Na perspectiva positiva, o autor afirma que juízes e tribunais estão obrigados a outorgar a tais normas a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico; Assim, eles possuem o dever de interpretar e aplicar as leis em conformidade com os direitos fundamentais, e de preencher eventuais lacunas à luz de tais normas. Ele aduz, por outro lado, que, em se tratando de direitos a prestações, tal vinculação do Poder Judiciário é menos intensa, pois estes possuem menor densidade normativa, e, por isso, deve-se levar em conta a maior liberdade de conformação do legislador, respeitando-se apenas o grau mínimo de concretização (determinação ou determinabilidade do conteúdo).

5.4.1 A Eficácia dos Direitos Sociais na Constituição Brasileira

Nunes Júnior (2009, p. 12) discorre sobre a natureza dos direitos fundamentais, esclarecendo que são aqueles inerentes à condição humana, conceituando-os como:

O sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade) (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 15).

Ele explica que tais direitos se constituem em um sistema, pois suas normas estão em constante interação, mas sempre com o mesmo objetivo, qual seja, a proteção do ser humano. O caráter aberto remete à impossibilidade de consideração de suas normas à parte do contexto político, econômico e social em que devem ser aplicadas, ou seja, tais normas estão sujeitas às influências da realidade, definindo ou alterando o seu conteúdo (p. 16). Em relação a serem princípios e regras, o autor ensina que consubstanciam normas jurídicas, pois assumem um caráter de “dever-ser”; Relativamente ao conceito por ele adotado, Nunes Júnior conceitua regras como “[...] *as proposições deônticas dotadas de determinabilidade que prescrevem taxativamente uma obrigação, uma proibição ou uma permissão*” (Nunes Júnior, 2009, p, 20) e princípios como:

[...] as proposições elementares que alicerçam determinada ordem normativa, nucleando seus diversos setores e, ao mesmo tempo, promovendo a integração deles, viabilizando, por este caminho, a noção de unidade caracterizadora de um sistema (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 20).

Para o autor, a Constituição Federal faz a alusão a tais direitos em uma perspectiva subjetiva, mas também em uma dimensão institucional, de forma que o seu respeito e observância constituem fundamento da ordem política brasileira, sendo, ainda, o princípio que deve nortear o país em suas relações internacionais; ademais, ele enaltece a existência de uma dimensão objetiva de tais direitos, os quais funcionam como princípios informadores do Estado, da sua forma de agir e de se organizar (p. 12).

Ao tratar da diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, Nunes Júnior (2009, pp. 23-24) diferencia-as na medida da função que cumprem no sistema: os primeiros são positivados em nível interno e os segundos, constantes de tratados e declarações internacionais e também aqueles voltados à proteção da liberdade, igualdade e fraternidade, mesmo não incorporados ao sistema jurídico do país. Ele estatui que os direitos fundamentais asseguram direitos e concorrem para a consagração de um modelo de Estado, já os direitos humanos refletem a criação de um sistema transnacional, supraconstitucional, para o cumprimento das normas protetivas da dignidade humana em todos os Estados. Dessa forma, conclui o autor que os direitos humanos têm dupla função: normogenética (substanciação dos direitos fundamentais) e translativa (se não reconhecidos, tal questão se desloca para o cenário internacional). Por fim, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, cuja previsão hoje se encontra no § 3º do artigo 5º, da CF¹, o autor entende que estes não excluem os demais tratados sobre direitos humanos que obedeceram a tramitação regular prevista no artigo 49, I, da CF, qual seja, aprovação por decreto legislativo, por maioria simples; para ele, pela norma insculpida no artigo 5º, § 2º, da CF, os tratados de direitos humanos já teriam patamar constitucional, vez que os direitos fundamentais têm essa natureza. Ele conclui: “[...] a afirmação de que um direito seja fundamental implica o reconhecimento automático de seu patamar constitucional” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 25).

O autor ensina que há dois critérios de delimitação dos direitos fundamentais: um formal e um material. O primeiro vem expresso no título II, da CF, intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e abrange cinco capítulos: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. O segundo remete aos direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela CF; Assim, ele assevera que se deve extrair o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, para entender quais outros direitos compartilham dessa natureza e devem ser abrigados sob a mesma rubrica (pp. 31-32).

¹ “Art. 5º, § 3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O primeiro desses valores, segundo ele, seria o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, III, da CF, que atribuiu unidade valorativa ao sistema de direitos fundamentais. A noção defendida por Nunes Júnior (2009, p. 33) não tem como parâmetro apenas o indivíduo em si e sua integridade física e psíquica, mas considera-o como parte da sociedade em que vive; Para ele, os direitos fundamentais objetivam a preservação da liberdade e também a sua inserção no contexto social, tanto do ponto de vista político como econômico (direito de partilhar das decisões e participar dos resultados). Ele conclui apontando os três valores da dignidade humana: liberdade, participação política e direitos sociais (p. 34).

Ao tratar dos atributos dos direitos fundamentais, Nunes Júnior (2009, p. 35) explana que eles constituem uma categoria distinta dos demais direitos, tendo como características: historicidade, universalidade, autogeneratividade, irrenunciabilidade, limitabilidade e possibilidade de concorrência. A primeira remete ao caráter histórico desses direitos, que constituem produto da história, conforme o nível de conscientização e a evolução das relações sociais. Ele afirma: “[...] *são patamares de alforria que, em processo dialético, a sociedade vem incorporando [...]*”; A segunda diz respeito à abrangência do ser humano enquanto gênero, que nascem e resgatam a noção de dignidade inerente a qualquer ser humano; A terceira induz à supraconstitucionalidade autogenerativa, a qual contém uma reserva de juridicidade e de justiça ao poder constituinte; A quarta vai ao encontro dos direitos inatos dos seres humano, de forma que a possibilidade de renúncia negaria a natureza e fundamentalidade de tais direitos; A quinta implica na possibilidade de limitação de um direito em detrimento de outro quando ocorre a colisão de direitos fundamentais, em que pode ocorrer a cedência recíproca para a convivência dos dois direitos fundamentais ou a ampliação do direito fundamental em detrimento do direito não fundamental; A sexta consagra a possibilidade de exercício de mais de um direito fundamental ao mesmo tempo, pelo mesmo titular (pp. 35-42).

O autor trata, ademais, da evolução dos direitos fundamentais, estatuidando que embora com o objetivo comum de densificar o princípio da dignidade humana, eles foram reconhecidos em momentos históricos diferentes, como respostas a momentos históricos distintos. Assim, ele ensina

que tais direitos se desdobram em três diferentes gerações ou dimensões: A primeira engloba os direitos individuais e políticos como um dever de abstenção do Estado no âmbito de projeção das liberdades; A segunda trata de direitos de igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais), os quais exigem uma prestação do Estado para resgatar a noção de igualdade entre os seres humanos; A terceira busca a noção de solidariedade, que tem por objeto a preservação do ser humano como parte da humanidade (pp.42-47).

Nunes Júnior (2009, pp. 49-51) pondera sobre a origem histórica dos direitos sociais, retomando os primórdios do capitalismo industrial, em que a propriedade privada e a autonomia da vontade eram os únicos limites das relações econômicas, o que, com o decorrer do tempo, implicou na submissão dos economicamente vulneráveis aos detentores do poder econômico. Assim, o autor conclui que o Estado absenteísta se mostrou insuficiente e incapaz para garantir a convivência livre e harmoniosa dos indivíduos. Dessa forma, ele relata que no cenário de relações de trabalho tirânicas de um lado, marcadas pela violação da dignidade do operário, e de movimentos de resistência e de afirmação de direitos, de outro, surgem os direitos sociais, com vistas a evitar as arbitrariedades patronais.

O autor descreve, ademais, que após a segunda guerra mundial surgiu uma pauta internacional de princípios éticos norteadores dos direitos humanos, afirmando a universalidade, a interdependência dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, econômicos e culturais, além de se estabelecer que a lesão a um direito humano extrapola a soberania de um país. Em 1948, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, depois, o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, apontando para a realização dos direitos sociais através da proteção da família, infância e juventude, saúde, educação e cultura, bem como acenando para a ideia de um mínimo vital, o qual é conceituado pelo autor como: *[...] nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive quanto à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida*” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 56); Ele conclui que o Pacto traz a ideia de que os direitos sociais não dizem respeito apenas à proteção material do ser humano, mas também à interferência estatal nas relações de trabalho, na

prestação de serviços públicos como a educação e a saúde, o que leva a uma ressignificação dos direitos de liberdade para uma dimensão social (p. 62).

Nunes Júnior (2009, pp. 63-70) discorre a respeito do conceito de direitos sociais, o qual representa uma assincronia, posto que alguns exigem uma atuação do Estado, outros requerem uma regulação por parte dele, e há aqueles que demandam uma abstenção estatal; Retomando a lição de Pisarello, ele chama tal divergência de “conteúdo polifacético dos direitos sociais” (p. 64).

Em primeiro lugar, o autor esclarece que os direitos sociais se integram aos direitos fundamentais, de forma que aqueles seriam caracterizados como direitos fundamentais análogos aos direitos de liberdade; Em um segundo lance, ele reconhece a natureza responsiva dos direitos sociais, pois surgem como aspiração ética que parte da premissa de que todos os participantes da vida em sociedade têm direito a partilhar os frutos por ela produzidos (p. 67); Ademais, um terceiro ponto que permeia os direitos sociais, segundo o mestre, é que eles têm o Estado como referência tanto na perspectiva normativa quanto reguladora ou prestacional. Assim, adotando a classificação de Mazziotti, Nunes Júnior (2009, p. 67) aponta a existência dos direitos sociais em dois planos distintos: subjetivo e objetivo. O primeiro seria o direito de todo e qualquer cidadão às prestações estatais; e o segundo refere-se ao conjunto de normas através das quais o Estado equilibra as relações sociais.

Dessa forma, o autor aponta os seguintes elementos dos direitos sociais: a) Direito subjetivo; b) Atividade normativo-reguladora; e c) Instrumentos assecuratórios. No primeiro diz-se que os direitos sociais representam direitos a prestações públicas, materializadas por meio de serviços e ações do Poder Público; No segundo, exige-se uma atuação modeladora do Estado, o qual, verificando a existência de desigualdades nas relações sociais, define padrões de comportamento que coíbam o abuso do poder econômico; E o terceiro remete à proteção dos interesses envolvidos pelos próprios indivíduos, utilizando-se de instrumentos assecuratórios desses direitos (p. 69). Assim, ele conceitua os direitos sociais como:

[...] o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social e econômico 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 benefícios da vida em sociedade. (Nunes Júnior, 2009, p. 70).

No escopo do chamado mínimo vital, piso vital ou limiar mínimo, o qual representa, segundo o autor, um “standard” social mínimo incondicional necessário à preservação da vida e à integração do homem na sociedade, garantindo a dignidade material de todas as pessoas, ele estatui:

[...] aponta que cada direito tem um núcleo irremissível, associado à sua própria razão de ser [...] opera com vetores quantitativos, ou seja, aponta quais necessidades mínimas que um ser humano, só por sê-lo e exatamente para preservá-lo em sua dignidade, deve observar. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 72).

O autor afirma que o Estado brasileiro reconhece o mínimo vital em diversos de seus dispositivos, caso contrário se estaria negando juridicidade aos dispositivos da Lei Maior. Entretanto, ele alerta para a dificuldade de efetivação dos direitos sociais em razão de sua estrutura constitucional desses direitos:

[...] uma Constituição principiológica apresenta como virtude uma maior permeabilidade à realidade emergente, mas, sem dúvida, lhe subtrai uma maior eficácia na garantia dos direitos sociais que, à míngua de maior especificidade, certamente flutuarão ao sabor dos governantes e das conjunturas políticas de momento, sem abrir oportunidade para uma atividade reivindicatória consistente e fundamentada. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 73).

Para Nunes Júnior (2009, p. 74), um ponto fundamental a ser abordado na análise do tema diz respeito às formas, estratégias ou técnicas de positivação constitucional dos direitos sociais, pois elas enunciam a estratégia de proteção que o constituinte destinou à concretização desses direitos. Ademais, ele ensina que tais direitos possuem uma dimensão objetiva, a qual demarca o tipo de Estado e de estrutura socioeconômica que se pretende realizar; Segundo ele, os direitos sociais representam as opções ideológicas do constituinte e por isso precisam ser adequadamente compreendidas as estratégias utilizadas na sua positivação. Ele esclarece: “[...] a forma de positivação de um direito fundamental social é essencial na definição de seu conteúdo jurídico, revelando, ademais, a postura de interação que se pretende entre a norma e a realidade” (Nunes Júnior, 2009, p. 74). O autor explica que a Constituição utiliza-se de mais de uma forma de positivação tanto para criar regimes jurídicos distintos quanto para sobrepor formas de proteção,

em vista da importância do reforço de algumas prerrogativas jusfundamentais com vistas à sua maior efetividade.

Dessa forma, ele remata pela: “[...] *incorreção da conclusão genérica de que as normas definidoras de direitos sociais sejam sempre catalogadas no rol das chamadas normas programáticas*” (NUNES JÚNIOR, 2009, p.75), as quais, segundo o entendimento de Ferrari, Silva e Criasfulli, adotado por Nunes Júnior (2009, p. 76), são normas constitucionais que determinam diretrizes, princípios ou programas para os órgãos estatais realizarem determinadas atividades e atingirem determinados fins sociais. O autor defende que, embora tais normas sejam uma das formas de positivação dos direitos fundamentais sociais, ela não é a única; Se, de um lado, elas consagram programas e tarefas, de outro, preconizam direitos imediatamente realizáveis e exigíveis. Ele conclui: “[...] *só se conhece a extensão e o alcance de uma norma consagradora de um direito fundamental social ao entender qual a estratégia, técnica ou forma pelo qual foi positivado*” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 78). Nessa perspectiva, o autor contrapõe fins que a Constituição enxerga mais distantes aos direitos cujo reconhecimento, exigência e aplicabilidade não possam ser postergados, sob pena de violação do princípio da dignidade humana e da própria razão de ser da vida em sociedade; Para ele, tais direitos não podem ter sua realização protraída, ficando à mercê da vontade política dos governantes do momento e das opções orçamentárias que venham a realizar, por isso, a própria CF positiva-os como normas atributivas de direitos subjetivos, autoaplicáveis e autonomamente desfrutáveis, independentemente e sem prejuízo da realização das políticas públicas (p. 79).

O autor em comento diferencia, ademais, as estratégias de positivação dos direitos sociais da classificação que tem por critério a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais; Com efeito, ele conceitua eficácia como: “[...] *a força ou a aptidão da norma para produzir os efeitos para os quais nasceu predisposta*” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 80) ao passo que as normas de direitos sociais se baseiam em conteúdos deônticos, os quais pressupõem diferentes formas de buscar a realização da justiça social no plano normativo (p. 82).

Em vista do estabelecimento de uma classificação dos direitos sociais segundo as diferentes estratégias de positivação, Nunes Júnior (2009,

pp. 84-85) cita Queiroz, que as classifica em: tarefas legislativas, fins do Estado, princípios diretivos e mandatos de otimização, e Canotilho, que coordena sua classificação da seguinte forma: normas programáticas definidores de tarefas e fins do Estado, normas de organização atributivas de competência para a emanção de medidas, garantias institucionais e direitos subjetivos públicos.

Relativamente às garantias institucionais, o autor ressalta que elas se destinam à criação de uma ordem protetiva dos valores prestigiados pela CF. De acordo com o autor, que se socorre da lição de Miranda para diferenciar o direito que estabelece uma faculdade de agir ou de exigir (direito fundamental) ou se confina a um sentido organizatório objetivo (garantia institucional), tais garantias são um complexo de normas predestinadas a fazer com que uma instituição pública ou privada seja protegida, constituindo-se em um mecanismo de busca à máxima efetividade dos direitos fundamentais envolvidos. Assim, de acordo com o autor, a garantia é um meio, cujo fim maior é a preservação do ser humano (p. 86).

Segundo Nunes Júnior (2009, p. 95): “[...] a forma de positivação eleita influenciará diretamente o regime jurídico inerente ao direito social envolvido, refletindo, em última análise, a opção do constituinte quanto ao nível de proteção e aos meios de intervenção [...]”. Ele estatui que a Constituição Federal de 1988 adotou as seguintes técnicas de positivação dos direitos sociais: a) Normas programáticas (consagradoras de finalidades a serem cumpridas pelo Poder Público); b) Normas atributivas de direitos públicos subjetivos (fruição autônoma e imediata pelo indivíduo de um lado e dever de prestar do Estado, por outro); c) Normas consagradores de garantias institucionais (preservação das instituições sociais consagradas pela CF); d) Cláusulas limitativas do poder econômico (equilíbrio das relações socioeconômicas desiguais); e) Normas projectivas (conformação social dos institutos jurídicos da ordem econômica capitalista).

No primeiro caso, em que a forma de positivação se dá por meio de normas programáticas, elas limitam-se a apontar diretrizes, tarefas ou finalidades a serem atingidas pelo Poder Público; criam um dever de agir para o Estado, sem, entretanto, definir como e o que deve ser feito, por isso é difícil de tangibilidade e realização. Todavia, o autor alerta para as hipóteses em que é

possível algum tipo de mensuração, pois representam um dever-ser. Ele conclui: “*Havendo suficiente definição de conteúdo, a norma e o direito que a projeta são cláusulas exigíveis e sindicáveis*” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 102). Apesar de programática, o autor estatui que existe uma margem de discricionariedade ao Poder Público quanto à identificação de meios, mas esta não pode negar a aplicação da própria lei; Assim, ele assevera que a aplicabilidade da norma deve ser mensurada à luz dos princípios que orientam a atividade estatal.

Ao tratar dos princípios jurídicos informadores do Estado Democrático Social de Direito, o autor afirma ser o primeiro deles o princípio da dignidade humana (artigo 1º, III, da CF); Ele trata da dignidade não apenas na perspectiva da autodeterminação, mas partindo da premissa que ela deve ser preservada por uma ação positiva frente ao Estado e aos particulares; Essa noção teria uma relação de interdependência com a cidadania, segundo o qual o ser humano é um fim e não um meio, e por estar incluído na sociedade, tem direito a ter direitos, sendo estes não apenas os inerentes à autodeterminação, mas à preservação da sua dignidade material, quais sejam, os direitos fundamentais sociais. Nunes Júnior (2009, p. 114) conceitua a dignidade humana como:

[...] o postulado ético que, incorporado ao ordenamento jurídico, consubstancia o princípio segundo o qual o ser humano, quer nas suas relações com seus semelhantes, quer nas suas relações com o Estado, deve ser tomado como um fim em si mesmo, e não como um meio, o que o faz dignitário de um valor absoluto, donde exsurge um regime jurídico que apresenta uma feição negativa e uma positiva. A primeira impõe aos demais e ao Estado o dever de respeito à sua incolumidade física, psíquica e social. A segunda consubstancia a exigência de prestações do Estado que afianciem os pressupostos materiais mínimos para a preservação da vida e a inclusão na sociedade, bem como a proteção em relações privadas, em que se saliente sua situação de vulnerabilidade. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 214).

Ele conclui, portanto, que a tarefa atribuída ao administrador público foge do espectro da discricionariedade e adentra o território da cogência sempre que a sua realização for essencial à preservação da dignidade humana (p. 115).

O autor trata, ainda, de outros dois princípios: justiça social e proibição de retrocesso. O primeiro, previsto no artigo 5º, XXII e artigo 170, da CF, e corolário do Estado de Bem-Estar Social, exigiu uma alteração do perfil

do Estado, o qual passou a intervir na economia e a desempenhar uma atividade prestacional em matéria social (p. 116); O segundo remete à impossibilidade de suspensão de um serviço disponibilizado ou o retrocesso de uma eventual política pública, ou ainda, a cassação de um direito exercido por seus destinatários pela revogação de uma lei, pois tais atos representariam uma violação da norma constitucional com base na qual a lei ou a ação administrativa tenham sido desenvolvidas; para que seja constitucional, a mudança deve substituir ou compensar a supressão ou diminuição, preservando o “status quo ante”, ou seja, ela precisa ter em mente a ideia de preservação ou ampliação do bem-estar das pessoas envolvidas (p. 119).

Na segunda hipótese de positivação dos direitos sociais, qual seja, por normas atributivas de direitos públicos subjetivos, elas atribuem ao Estado o correlato dever de prestar a atividade necessária à concretização do direito atribuído. O autor explica que, nesse caso, existe clareza normativa, definindo-se a prerrogativa subjetiva, com a identificação incontroversa de quem pode exercê-la, o objeto e quem possui o dever jurídico de prestá-la; Assim, a norma representa uma prerrogativa jufundamental plena e imediatamente exigível em face do Estado. O autor estatui, ademais, que a opção do constituinte por esta técnica, sobretudo quando se prescinde de lei posterior, revela o seu propósito de deixar tais direitos, tidos como essenciais à dignidade, fora dos debates políticos e das brigas partidárias, citando como exemplo o direito à educação e à saúde (p. 127).

Ao tratar do mínimo vital, Nunes Júnior (2009, p. 131) ensina que em um patamar mínimo, os direitos sociais se igualam aos direitos de liberdade; Entretanto, mais do que impedir a intervenção do Estado, exigem-se prestações estatais positivas. Ele afirma que a preservação da vida constitui-se em uma das finalidades congêntas do Estado, e, portanto, preservar um piso vital a todos os indivíduos constitui obrigação primária que antecede a todas as outras. Por isso, para o autor, em termos orçamentários é uma questão prejudicial, ou seja, que precede a qualquer outra prioridade governamental, tanto na elaboração do orçamento quanto para o remanejamento de receita ou, ainda, para a abertura de créditos adicionais. Ele conclui, por conseguinte, afirmando que a noção de mínimo vital dos direitos sociais, mesmo que positivados em normas programáticas, viabiliza que tais direitos passem a

integrar o rol de direitos subjetivos do cidadão, ainda que em patamares mínimos (p. 135).

No que tange ao princípio da reserva legal, isto é, direitos que foram positivados como prerrogativas jusfundamentais face ao Estado, mas com a indicação da necessidade de lei que lhe integre o conteúdo, atribuindo-lhe eficácia e dando-lhe efetiva aplicação, o autor afirma que, ainda assim, não se pode negar a ideia contida no dispositivo constitucional; Ele complementa seu posicionamento com a ponderação de que é possível se constatar uma inconstitucionalidade por omissão, desde que tenha decorrido prazo razoável sem que o Congresso tenha se manifestado sobre o tema (p. 138).

Na terceira estratégia de positivação dos direitos sociais, isto é, por meio de normas consagradoras de garantias institucionais, o autor discorre a respeito de direitos que se projetam e realizam em meio às instituições sociais, de forma que somente podem ser preservados na dimensão comunitária. Segundo ele, tais garantias não outorgam aos indivíduos direitos subjetivos e se estendem às instituições de direito privado. França *apud* Nunes Júnior (2009, p. 141):

As garantias institucionais compreendem, por sua vez, no reconhecimento constitucional de determinadas instituições jurídicas como fundamentais para o desenvolvimento pacífico das relações jurídicas de uma dada sociedade, submetida a uma determinada Constituição. Podem tanto se referir a instituições político-jurídicas como a instituições jurídicas concebidas como da seara do direito privado [...].

Relativamente à função de tais garantias, o autor destaca a lição de Martins: “[...] impedir o legislador ordinário e também, mais recentemente, todos os órgãos estatais de destruir, desfigurar e descaracterizar a essência de referidas instituições” (Martins *apud* NUNES JÚNIOR, 2009, p. 142). Assim, ele conclui que tais garantias possuem justiciabilidade, na medida em que elas atribuem o direito de ver a norma jurídica implementada; Entretanto, por serem interesses metaindividuais, são sindicalizáveis por legitimados específicos e por meios processuais determinados (p. 149).

A quarta técnica em que foram positivados os direitos sociais, ou seja, por meio de cláusulas limitativas do poder econômico, teve por base o marcante desequilíbrio nas relações de trabalho, até então regidas pela

propriedade privada e pela autonomia da vontade, acarretando a necessidade de intervenção do Estado no poder econômico. Segundo o autor, essa nova dimensão da proteção da dignidade humana teve por objetivo trazer o Estado para a matéria prestacional e ampliar o foco dos direitos fundamentais para além do Estado com o indivíduo nas relações jusfundamentais (p. 151). Ele explica que ao lado dos direitos fundamentais dos trabalhadores, que garantem o mínimo de dignidade material à parte vulnerável da relação econômica, há os direitos de liberdade, que são garantias fundamentais ajustadas às relações econômicas dessa seara e viabilizam, por sua vez, um processo de negociação mais equânime, garantindo equilíbrio nas relações negociais; No primeiro caso, segundo o autor, o poder econômico é limitado pelo dirigismo contratual e no segundo, pela imposição de um dever de abstenção em relação ao exercício de uma liberdade (p. 154). Além disso, Nunes Júnior (2009, p. 158) trata da defesa do consumidor como uma função social, pois, para ele, está mais voltado à disciplina do mercado do que à disciplina tutelar.

O autor conclui, nesse particular, que os direitos sociais econômicos, embora tenham a mesma natureza e propósito dos demais direitos sociais, eles têm como peculiaridade a limitação do poder econômico, mitigando institutos de direito privado como a autonomia da vontade e a vinculatividade do pacto (p. 161).

Relativamente à última hipótese de positivação dos direitos sociais, as normas chamadas por Nunes Júnior (2009, p. 161) de “projectivas”, estas concebem normas de conformação do perfil social dos institutos jurídicos fundantes da ordem econômica capitalista; Para o autor, são consideradas duas premissas quanto à função social da propriedade e aos fins da ordem econômica (dignidade humana e justiça social): Não existe norma constitucional sem eficácia; e só se pode pensar em atividade econômica válida obedecidos os valores chancelados pelas normas constitucionais, pois há, aqui, um vínculo subjetivo negativo, ou seja, um dever de respeito (p.169).

Nunes Júnior (2009, p. 169) identifica, ademais, os seguintes “limites contingentes” como aqueles oponíveis à plena realização dos direitos sociais: reserva do possível, discricionariedade do administrador público, caráter programático de algumas das normas e o âmbito de conformação na norma constitucional.

Ao tratar do primeiro deles, a reserva do possível, o autor explica que boa parte dos direitos fundamentais sociais se consubstancia em prestações estatais e estas, por sua vez, reclamam recursos públicos para a sua realização (p. 170). Nessa perspectiva, à noção de legalidade à qual a Administração Pública está vinculada, o autor acrescenta a “legalidade orçamentária”, citando a lição de Torres: “[...] *é o princípio de limitação do poder do Estado e, ao mesmo tempo, de direcionamento das atividades administrativas*” (Torres *apud* NUNES JÚNIOR, 2009, p. 171); Assim, ele estatui que as despesas públicas devem ser autorizadas pelo Poder Legislativo por Lei Orçamentária Anual ou por meio de leis voltadas à aprovação de créditos especiais ou suplementares, concluindo, dessa forma, que a concretização dos direitos sociais fica condicionada ao montante de recursos previstos nos orçamentos das respectivas entidades públicas para tal finalidade, ou seja, à reserva do possível (p. 172).

Para o autor, entretanto, esta teoria só se aplica diante de três condições: a) O mínimo vital esteja satisfeito; b) O Estado comprove gestões significativas para o direito social reclamado; e c) Deve ser avaliada a razoabilidade da demanda. Quanto ao regime jurídico da reserva do possível, ele conclui que deve ser observado de forma intransigente e incondicionada o mínimo vital, ficando a realização dos demais direitos sociais condicionada às possibilidades do orçamento, desde que comprovado o esforço proporcional do Estado em dar resposta à respectiva demanda (p. 176).

Analisando a aplicação da teoria à vista de direitos públicos subjetivos, tais como a saúde e a educação, o mestre entende que ela seja absolutamente inaplicável sob a perspectiva jurídico-positiva, pois, diversamente do que ocorre em normas infraconstitucionais e sujeitas, portanto, a ressignificação de conteúdos, por estarem tais normas inseridas na Constituição Federal, não é permitido ao legislador ordinário a sua não observância. Ele conclui, destarte, que não existe liberdade de conformação legislativa, mesmo em termos orçamentários, tendo os órgãos e agentes envolvidos na elaboração do orçamento que observar as normas constitucionais que atribuem direitos públicos subjetivos (pp. 180-181); Ele acrescenta, ademais, que ao chefe do Poder Executivo é facultado o remanejamento de despesas e a abertura de créditos adicionais, de forma a

promover uma adequação orçamentaria aos comandos da Constituição.

Excepcionalmente, o autor entende ser possível a aplicação da teoria da reserva do possível aos direitos sociais que não tenham sido objeto de regulação específica pela Constituição e à míngua de parâmetros normativos específicos, desde que respeitado o mínimo vital. Ele ensina que este está presente em todos os direitos não explicitamente positivados, mas dos quais deflue a ideia de dignidade humana, pois, segundo o mestre, não há como se relativizar a noção de dignidade humana com base em previsões orçamentárias (p. 190). Como única exceção ao cumprimento de uma obrigação inerente a direitos relacionados ao mínimo existencial, o autor aponta a inexistência absoluta de recursos, inclusive para outros fins não prioritários. Ele prevê, outrossim, como solução a tal problema, qual seja, a ineficiência de recursos, o aumento da arrecadação (p. 193).

Quanto ao poder de conformação do Executivo, Nunes Júnior (2009, p. 192) estatui: “[...] *não lhe é lícito desprezar comando constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, burlando, sob o argumento de insuficiência orçamentária, determinações constitucionais*”. Ademais, ele afirma: “[...] *o gestor público, ao conceber a lei orçamentária, já deveria dar pressa em contemplar primeiro as prestações inerentes à dignidade humana, submetendo à reserva das possibilidades orçamentárias as demais despesas públicas [...]*”. Destarte, o autor conclui que somente enquanto vista em um processo progressivo de integração social é que a teoria da reserva do possível pode ser avaliada sob o crivo da proporcionalidade e razoabilidade (p. 146).

Nunes Júnior (2009, p. 197-198) discorre a respeito da tripartição de funções e da esfera de discricionariedade do administrador público. Nesse particular, assevera que tal tripartição significa mais do que a própria designação de funções, compreendendo, também, a separação de poderes entre os órgãos que desempenham tais funções; o princípio da harmonia e independência entre os poderes, com indelegabilidade e inacumulatividade de funções; e o princípio de “freios e contrapesos”, segundo o qual um poder controla o outro, com responsabilidades recíprocas.

O autor estatui que o princípio da legalidade guia a atividade administrativa, estando a autoridade pública vinculada ao crivo da lei; a cujos comandos, segundo ele: “[...] *o agente está umbilicalmente vinculado, quer com*

relação a um dever de respeito, quer com relação a um dever de agir” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 200). Ele ensina, na esteira dessas considerações, que a atuação do Poder Executivo é limitada pela tripartição de funções, incumbindo a ele o cumprimento das disposições constitucionais e legais que orientam a atividade administrativa, restando-lhe uma pequena margem de escolha dos meios para a consecução dos fins determinados quando a lei não for hermética e categórica (p. 201).

Ao tratar da discricionariedade administrativa, a qual também é apontada pelo mestre como obstáculo dos direitos sociais, sob o argumento de que cabe ao Executivo o juízo de quais direitos sociais realizar, quando e como, ele a conceitua como:

[...] a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação de uma finalidade legal [...]. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 202).

Assim sendo, ele conclui, em relação às normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade, que atribuem aos seus destinatários um direito subjetivo público, como o direito à saúde e à educação, que estas precedem o rol de possibilidades da Administração; Ademais, por serem direitos fundamentais, e, portanto, cuja efetividade deve ser a máxima possível, precedem outras normas constitucionais; Além disso, estão insertas no mínimo existencial, o que implica em sua anteposição nas prioridades do Estado. Por fim, ele estatui que só se permite discricionariedade dos meios materiais para que o objeto, ou seja, os fins estabelecidos pela norma jurídica, seja adequadamente alcançado, não havendo margem de escolha quanto ao seu atendimento ou não (p. 203).

Relativamente ao caráter programático de parte das normas consagradoras de direitos sociais, as quais, por refletirem tarefas, diretrizes e finalidades do Estado sem caráter vinculante, o autor aduz que o administrador teria ampla liberdade de conformação legislativa e administrativa para a sua concretização; Entretanto, citando Canotilho, ele aponta duas premissas:

A força normativa da Constituição traduz-se na vinculação como direito superior de todos os órgãos e titulares dos poderes públicos. E toda norma programática, se não respaldada em um dever direto, certo e imediato de agir do Estado, veicula, quando menos, uma proibição de omissão, o que sempre lhe confere justiciabilidade,

quando menos para proibir que políticas públicas e direitos que materializam venham a retroceder. (NUNES JÚNIOR, 2009, pp. 206-207).

Dessa forma, ele conclui que as normas constitucionais que trazem uma imposição constitucional, embora não criem um direito subjetivo público, designam um dever de agir ao administrador público, de forma que a sua realização passa a ser de interesse e toda a comunidade (interesses metaindividuais) (p. 209). O autor estatui: “[...] *embora tais normas definam de forma clara e certa o dever a ser realizado pelo Estado, falta-lhes completude, no que tange a aspectos como a forma, o prazo e os meios para que sejam concretizados*” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 210). Ele conclui, outrossim, que tal característica não impede o seu cumprimento, mas permite uma margem de discricionariedade do administrador para a sua realização.

Relativamente às normas programáticas que não delimitam de forma clara um dever concreto do Poder Público, mas que veiculam enunciados genéricos e abstratos que não permitem determinar a conduta a ser exigida do ente público, o autor entende que esse tipo de norma veicula, ao menos, uma proibição de omissão, evitando que políticas públicas e direitos que materializam venham a retroceder, a não ser com a substituição por um mecanismo alternativo e compensatório, desde que este se revele mais adequado aos fins almejados pelo texto constitucional (p. 213).

Por derradeiro, Nunes Júnior (2009, p. 215) discorre sobre a colisão de direitos, em que o atendimento a demandas individuais é invocado como obstáculo à realização dos direitos sociais. Nesse particular, o autor estatui que, por ser o orçamento previamente estabelecido e por ter o chefe do Poder Executivo total poder de decisão quanto à priorização das necessidades vitais da população, ao remanejamento de despesas ou ainda, a abertura de créditos adicionais, não pode haver colisão entre direitos sociais, mas sim destes com a realização de outras despesas, pois, de acordo com ele, os recursos para a concretização dos direitos sociais podem sair de outros itens do orçamento (e.g. publicidade institucional), não sendo necessário sacrificar outros direitos sociais a serem concretizados; Ele reforça a sua proposição ao estatuir que a maior parte dos Estados e Municípios não integraliza as receitas

mínimas vinculadas à educação e à saúde, além de que, muitas das despesas listadas como dessas áreas lhes são estranhas.

Conclui-se, à vista das considerações do autor, que o problema da plena concretização dos direitos fundamentais sociais está na definição de prioridades pelo Poder Público como um todo, representado pelo Legislativo, Executivo e Judiciário. Assim, em sendo uma norma definidora de um direito social positivada por meio de um direito subjetivo público, não resta margem de liberdade ao administrador público, pois ela terá que ser realizada. Outrossim, ainda que a norma seja programática, pode-se identificar um dever de proibição do retrocesso e, também, decorrido prazo razoável para a implementação da tarefa que lhe tenha sido atribuída, o direito pode ser judicialmente demandado; Tanto em um quanto no outro caso, os princípios da justiça social e da dignidade humana devem ser norteadores da atividade pública. Ademais, o mínimo vital só tem aplicação aos direitos que não tenham sido explicitados ou especificados pela Constituição Federal, e a colisão de direitos não pode contrapor dois direitos sociais (NUNES JÚNIOR, 2009, pp. 217-222).

5.5 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

5.5.1 Evolução do Direito à Saúde nas Constituições Brasileiras

Ao tratar do conceito atual de saúde, pressuposto do direito à vida e aliado do princípio da dignidade humana, que se refere à cura de doenças, Davies (2012, p. 19 e 35-36) discorre a respeito de sua origem. Primeiramente, ela cita os hebreus, segundo quem a doença era sinal da cólera divina, diante dos pecados humanos. Progredindo-se para a noção de cura, esta estava ligada, inicialmente, a aspectos divinos ou mágicos, e posteriormente, com os gregos, havia a preocupação de cura do doente, mas, em geral, isolando-o da sociedade; Surgiu então, o primeiro conceito de saúde “Mens Sana In Corpore Sano”, sendo que Hipócrates já apontava a influencia

das cidades e do estilo de vida dos habitantes sobre o estado de saúde. Na Idade Média, após a queda do Império Romano e com o advento do regime feudal, houve um retrocesso no campo da saúde, sendo que a Igreja e o absolutismo fizeram ressurgir os rituais de cura, pois, para a Igreja, a saúde era uma graça divina e a doença, a purificação de algum pecado. Por volta de 1240, com os mosteiros e a ressuscitação da medicina grega, a autora relata o surgimento das primeiras corporações médicas. Entretanto, apenas em 1543, quando foi publicado o primeiro tratado de anatomia humana, é que se começa a pensar em saúde como ausência de doenças. Ademais, com o socialismo e a ideologia do “Welfare State”, a saúde começa a ser vista, também, como terapia preventiva. Por fim, ela menciona a urbanização e o período industrial, uma vez que, diante da necessidade de se manterem os trabalhadores saudáveis, bem como para evitar contaminação, surge a responsabilidade do Estado pela saúde do povo, nascendo, assim, a ideia de direito à saúde.

Em se vislumbrando a responsabilidade do Estado pela garantia do direito à saúde a seus cidadãos, para a autora, interessa definir o real alcance do direito à saúde, e, conseqüentemente, o efetivo dever do Estado. Embora ela faça remissão ao Código de Hamurabi e de Manu, primeiros documentos que previam a responsabilização dos médicos e curandeiros, ela atribui à carta da OMS o primeiro conceito de saúde (*“Completo estado de bem-estar físico, mental e social [...]”*), em que se valoriza, precipuamente, a qualidade de vida do ser humano; tal definição representa a concretização da sadia qualidade de vida, estabelecendo-se o equilíbrio interno do homem com o ambiente (p. 37).

Davies (2012, p. 38) ensina que a primeira Constituição a reconhecer o direito à saúde como direito do indivíduo e interesse da coletividade foi a francesa, de 1946 (*“A nação assegura a todos, principalmente às crianças, às mães e aos trabalhadores, a proteção à saúde”*); a autora cita, ainda, a Constituição italiana, de 1947 (*“A República protege a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade e garante a cura integralmente aos indigentes”*), e também a portuguesa e a espanhola, sendo que estas também reconhecem o direito à saúde, de um lado, e, de outro lado, o dever do Estado de promovê-la e defendê-la, com a organização e tutela de

medidas preventivas. Ela transcreve, ademais, disposição da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice e noutros casos de perda de meio de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. (SERRANO, p. 38).

No Brasil, ela menciona que a Constituição de 1934 idealizou um Estado Social, versando sobre o princípio da dignidade humana; ela trazia o direito à subsistência e a competência concorrente da União e dos Estados para a adoção de medidas preventivas, além da preocupação com a saúde mental (p. 39). Entretanto, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que a saúde recebe tratamento constitucional como nunca antes havia ocorrido.

Isso não significa dizer que tal direito fosse totalmente desconhecido no direito constitucional brasileiro antes de 1988; Em verdade, as constituições anteriores, segundo o histórico feito por Vial e Oliveira (2008, p. 282), com exceção da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, e da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, que não atribuíam aos entes públicos responsabilidades quanto à saúde, todas as demais trouxeram alguma previsão a esse respeito.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, além de garantir assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, também incumbiu à União, aos Estados e aos Municípios a adoção de medidas para redução da mortalidade e da morbidade infantis e a tarefa de impedir a propagação de doenças transmissíveis e a cuidar da higiene mental. Assim estabelecia o texto:

Art. 10: Compete concorrentemente á União e aos Estados:
II - cuidar da saúde e assistência públicas;

Art. 138: Incumbe á União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

f) *adoptar* medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e *hygiene* social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;
g) cuidar da *hygiene* mental e incentivar a *lucta* contra os venenos *sociaes*.

Art. 140: A União organizará o serviço nacional de combate ás grandes endemias do *paiz*, cabendo-lhe o custeio, a *direcção technica* e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos *locaes*.

Já a Carta de 1937, imposta por Getúlio Vargas, trouxe em seu art. 16, XXVI:

Art. 16: Compete privativamente à União o poder de legislar *sobre* as seguintes matérias:

XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

Segundo os autores, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, também estabelecia a possibilidade, por meio de delegação, dos estados-membros legislarem sobre a matéria da saúde, devendo ser a lei aprovada pelo Governo Federal.

A Constituição de 1946 manteve a sistemática acima, inovando, apenas, ao estabelecer que a saúde visava à melhoria da condição dos trabalhadores no atinente, inclusive, à assistência médica preventiva.

Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante.

Os autores seguem tratando do período dos governos militares, em que foram apresentadas à população duas constituições: 1967 e 1969 - a primeira estabeleceu que competia à União estabelecer planos nacionais de educação e saúde, mantendo como garantia dos trabalhadores a higiene e segurança do trabalho, bem como a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; já a segunda, estabelecia que os municípios deveriam aplicar 6% (seis por cento) do valor que lhes fosse creditado, decorrente do Fundo de Participação dos Municípios, em programas de saúde. Ambas estatuíam que a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva era direito apenas dos trabalhadores formais e contribuintes; Ademais, as políticas públicas na área saúde abarcavam apenas o tratamento da doença e não a promoção da saúde.

O direito fundamental à saúde foi expressamente previsto apenas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Prado (2008, p. 364) preconiza que a ordem constitucional pretérita a 1988 estabelecia apenas a competência da União para legislar sobre defesa e proteção da saúde; A partir de 1988, entretanto, a saúde deixou de ser mera regra de repartição de competência administrativa, sendo erigida a direito fundamental. Segundo o autor, os antecedentes constitucionais apontados por José Afonso da Silva são os textos constitucionais de Itália, Portugal e Espanha. Ele aponta que, no novo arcabouço jurídico, os direitos sociais, em sua conjuntura, são tratados somente no título VIII “Da Ordem Social” sendo que o capítulo II, sobre a seguridade social, abarca a Seção II, denominada “Da Saúde”. Esta, por sua vez, tratou das ações e serviços de saúde como de relevância pública (art. 197) e sistematizou o Sistema Único de Saúde (art. 198), inclusive com a participação de entidades privadas (art. 199) e suas competências (art. 200). Inobstante tal fórmula, os direitos relativos à saúde vêm esparsos no texto constitucional, em diversos artigos.

Como direito social, passa a ser garantida a todos a saúde, como condição material imprescindível ao pleno exercício dos direitos previstos na Constituição:

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

Aqui, definindo-se a saúde como direito dos trabalhadores, implanta-se a saúde dentre as necessidades vitais básicas:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Estabeleceu-se, nesta ocasião, o dever público amplamente considerado: União, Estados, Distrito Federal e Municípios – todos devem cuidar da saúde; em vista do dever de atuação, atribui a Constituição federal competência legislativa a esses entes quanto à proteção e defesa da saúde:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.

Art. 30. Compete aos Municípios: [...]

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Trata, ainda, do instituto da intervenção, medida excepcional, somente permitida em casos extremos e constitucionalmente previstos, como o do não repasse das devidas verbas à saúde:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Com título, capítulo e seção próprios, a partir da Constituição Federal de 1988, passa-se a prever, expressamente, a saúde como direito de todos e dever do estado, inclusive com a organização de um Sistema Único de Saúde, baseado em três pilares (descentralização, com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas - sem prejuízo dos serviços assistenciais, e participação da comunidade) e com diversas atribuições:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

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

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

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

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

Para Davies (2012, p. 43), o artigo 196 garante o alcance deste direito a todo e qualquer cidadão, de forma idêntica e independentemente de contraprestação à previdência social; Já o artigo 197 estatui o caráter público que se imprimiu ao direito à saúde, bem como a obrigação do Estado de supri-lo, sendo que o termo “relevância pública” se traduz em um “princípio-garantia” em favor do cidadão.

Em relação ao artigo 198, que trata da criação do SUS, ela ensina que o constituinte se preocupou em instituir um sistema único para o atendimento da saúde pública, com regramentos, especificações e hierarquia próprios. Entretanto, segundo a autora, para imprimir uma implementação equitativa, exige-se um árduo trabalho dos setores da saúde no Poder Executivo e Poder Judiciário, bem como da sociedade civil; A essência do SUS reside na atuação coordenada das suas partes conexas, visando apreender as desigualdades sociais e regionais, sendo a descentralização uma forma de aproximar o serviço de saúde do cidadão, pois traz o atendimento básico para os Municípios (art. 7º, IX, da Lei Orgânica da Saúde – (LOS); já os atendimentos de maior complexidade ficam sob a responsabilidade dos Estados e da União, sendo que em todas as unidades da Federação existe uma direção única, que deve obedecer às normas gerais (pp. 44-45).

Em se tratando da questão do financiamento da saúde, também prevista no art. 198, da CF, Davies (2012, p. 47) estatui que ela é basicamente financiada com os recursos do orçamento da seguridade social da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo garantida a aplicação de percentuais mínimos pela Lei Complementar (LC) nº 141/12 (15% da arrecadação de impostos dos Municípios, 12% dos Estados e DF, e a aplicação do mesmo valor aplicado no exercício anterior, acrescido do PIB, para a União); A autora destaca, ademais, a necessidade de criação de um fundo de saúde para onde as verbas de repasse dos entes da Federação sejam

destinadas; trata-se de um fundo especial que deve concentrar todos os recursos destinados à saúde; tal fundo não apenas representa um requisito de transparência, como também facilita a fiscalização.

Também de forma a efetivar o direito à saúde, o legislador constituinte previu, no artigo 199, da CF (*“A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”*), a possibilidade de atuação da iniciativa privada na promoção da saúde; Tal setor, juntamente com a educação e a segurança, eram, até então, fortemente marcados pela atuação exclusiva do Estado. Reflete-se, aqui, uma preocupação com a ineficiência estatal, propondo-se uma via alternativa àqueles que dela pudessem se valer. A esse respeito, Davies (2012, p. 48) ensina que a relação entre o Estado e as operadoras privadas de saúde deve ser regulada por meio de convênios ou contratos de direito público; destacando, outrossim, que a atuação da iniciativa privada deveria se restringir ao indispensável, o que não ocorre na prática.

A autora também dispõe acerca das demais atribuições do SUS, previstas no artigo 200, da CF (p. 48):

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Ademais, ela enuncia os demais dispositivos constitucionais em que a saúde é contemplada: art. 1º, III; art. 3º, I; art. 6º, art. 7º, XXII; art. 23, XII; art. 30, VII; art. 170; art. 225; art. 227; e art. 230.

Dessa forma, o retrospecto histórico acima permite delinear a evolução do direito à saúde nas Constituições brasileiras, demonstrando a evolução do seu conteúdo desde 1934 até 1988, bem como esmiuçar os

artigos que mencionam a saúde, o que permite, por sua vez, visualizar o contexto em que o direito foi previsto, para uma melhor definição do seu conteúdo.

5.5.2 O Conteúdo do Conceito Jurídico do Direito à Saúde

O direito à saúde está previsto no artigo 196, da Constituição Federal de 1988, estatuinto-se que ela é direito de todos e dever do Estado, e que será garantida mediante políticas sociais e econômicas visando à redução do risco de doença e de outros agravos; tem por objetivo o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde para a sua promoção, proteção e recuperação.

Num primeiro lance, Davies (2012, p. 40) explica que, com a redação do artigo 196, da CF², o legislador constituinte alargou o conceito de direito à saúde para abranger, além do caráter curativo, o preventivo, além do bem-estar do cidadão, o que obriga o SUS a identificar os fatos sociais e ambientais condicionantes à saída qualidade de vida, formulando políticas públicas para este fim; Nesse sentido, ela cita Santos: *“A visão epidemiológica da questão saúde-doença, que privilegia o estudo de fatores sociais, ambientais, econômicos, educacionais, que podem gerar a enfermidade, passou a integrar o direito à saúde”*. Dessa forma, a saúde deixou de ser um fenômeno genuinamente biológico, passando a ser, também, social e econômico, retratando, assim, um equilíbrio entre o meio ambiente e o indivíduo. Na esteira das conclusões a respeito do direito dos cidadãos e do dever do Estado relativamente à saúde, ela cita o art. 2º, caput e § 1º, da Lei nº 8.080/90³.

² “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

³ Art. 2º: “A Saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. §1º: “O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos, e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Já Prado (2008, p. 365) sustenta que, se para o cidadão a saúde é um direito, para o Estado trata-se de um dever constitucional, não de meras ações de benemerência; dever este, segundo ele, que objetiva minimizar os males à saúde que acometem a população de forma a garantir amplo e igualitário acesso às medidas que satisfaçam a sua promoção, proteção e recuperação.

Nessa linha, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 6) asseveram que se trata de “[...] *típica hipótese de direito-dever, em que os deveres conexos ou correlatos têm origem, e são assim reconhecidos, a partir da conformação constitucional do próprio direito fundamental*”.

Por sua vez, Pretel (2010, p. 1) sustenta que “*O direito à saúde se insere na órbita dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Trata-se de um direito público subjetivo, uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas*”.

A autora retoma o artigo 196, da Constituição Federal, registrando que o preceito é complementado pelos artigos 2º e 3º, da Lei nº 8.080, de 1990:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

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

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Em remate às considerações acima, Ribeiro (2008, p. 401), estatui que ela é um direito fundamental, e que o seu acesso não exige filiação tampouco contribuição para o seu custeio; reitera, assim, as previsões constitucionais do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento.

Depois dessas breves noções preliminares, Dallari e Serrano Júnior (2010, p. 7) ensinam que, embora elementar, uma das mais complexas questões no Direito Sanitário é a formulação de um conceito jurídico de saúde.

Na tentativa de determinar o conceito do direito à saúde, os autores acima (2010, p. 11) colacionam diversos conceitos de saúde: Para Alessandro Seppilli, saúde é *“A condição harmoniosa de equilíbrio funcional, físico e psíquico do indivíduo integrado dinamicamente no seu ambiente natural e social”*; Para John Last, *“É um estado de equilíbrio entre o ser humano e seu ambiente, permitindo o completo funcionamento da pessoa”*; e para Claude Dejours, *“A saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado”*.

Já Pretel (2010, p. 2) coroa os conceitos sustentados por Castro e Humenhuk, que assim definem a saúde, respectivamente:

Corresponde a um conjunto de preceitos higiênicos referentes aos cuidados em relação às funções orgânicas e à prevenção das doenças. Em outras palavras, saúde significa estado normal e funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano, sendo os medicamentos os responsáveis pelo restabelecimento das funções de um organismo eventualmente debilitado. (CASTRO *apud* PRETEL, 2010, p. 2).

A saúde também é uma construção através de procedimentos. [...]. A definição de saúde está vinculada diretamente a sua promoção e qualidade de vida. [...] (HUMENHUK *apud* PRETEL, 2010, p. 2).

Ainda visando traçar os contornos do direito à saúde, Loureiro (2008, p. 36) propõe, inicialmente, a distinção entre a saúde como bem fundamental e a saúde como “superconceito”, aduzindo que se deve restringir o conceito de saúde, não se esquecendo, entretanto, de sua inter-relação com os demais bens bioconstitucionais. Ele preleciona, citando Daniel Callahan e Pedro Laín Entralgo: que a noção proposta pela OMS representa não só *“uma fonte de problemas”*, como também *“a formulação de uma falsidade e proclamação de uma utopia”*. Enfim, ele sublinha o conceito para além de bem pessoal, definindo-o como público (saúde pública), obrigando ao concurso genérico (de todos - dever fundamental) e específico (entre médico e paciente), típica e tradicionalmente exemplificados na relação médico-paciente.

Para Davies (2012, p. 40), tal amplitude impressa ao conceito de direito à saúde acaba gerando consequências e deve ser visto com ressalvas para que não se desvirtue o intuito do legislador, principalmente quanto à inclusão de outros temas no quesito orçamentário da saúde.

Ela assevera que conceituar o direito e garanti-lo a todos é demasiadamente abstrato e impossível ante a enorme variabilidade, mutação e evolução das doenças; para ela, portanto, tal conceito não caberia à área jurídica, pois pode acarretar direitos e obrigações que o Estado não consiga implementar. Ademais, ela menciona autores que afirmam ter a expressão “bem-estar” uma natureza subjetiva e de difícil quantificação; é uma imagem-horizonte; um conceito irreal que não se adapta à realidade fática. Assim, o conceito de direito à saúde não recebe uma definição estrita do Direito, estando sujeito a diversas interpretações, sendo necessário, por isso, diferenciar, ao menos, o conceito biológico do conceito jurídico de saúde, sendo que este remete ao dever do Estado de garantir saúde efetiva a todo o cidadão, do ponto de vista coletivo, e incluí-la no orçamento (p. 42).

A autora se vale do conceito de Santos para se compreender o real conceito de direito à saúde e, conseqüentemente, a efetiva competência do SUS: a) Natureza difusa (visa à melhoria da qualidade de vida pela execução de programas sociais e econômicos que reduzam as doenças); e b) Natureza objetiva (impõe ao Estado o dever de manter o serviço público de saúde por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada, com atendimento universal e igualitário, de caráter preventivo direto e curativo); Para ela, tal direito tem natureza difusa, a qual inclui sujeitos indetermináveis, independentemente de qualquer relação jurídica subjacente e tem por objeto um bem jurídico indivisível.

Por derradeiro, Santos (2011, p. 2) aponta o conceito de Scliar, cujo conteúdo refletiria a conjuntura social, econômica, política e cultural; Dessa forma, o conceito de saúde varia de pessoa a pessoa, dependendo do momento histórico, da localidade, da classe social, dos valores individuais, das concepções científicas, religiosas e filosóficas de cada um.

Preciosa é a contribuição de Sarlet e Figueiredo (2008, pp. 4-5) ao asseverarem, com base em um estudo da Organização Mundial de Saúde, que o nível de saúde dos indivíduos depende não só de fatores biológicos, mas, principalmente, dos “determinantes sociais de saúde”, ou seja, fatores externos e sociais representados pelo meio ambiente familiar, social e do trabalho em que vivem.

Dessa forma, para o completo bem-estar físico, social e mental, seria preciso identificar o que propicia tais condições (determinantes sociais da saúde); Por isso, para os autores, o estudo do relatório produzido pela Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde (CNDSS) é fundamental para as análises do Direito Sanitário.

Nessa mesma esteira, segundo Dallari e Serrano Júnior (2010, p. 9), a Constituição da Organização Mundial de Saúde trata da saúde como um bem jurídico de desenvolvimento, associando-a ao bem-estar social e psíquico, que considera, portanto, o ser humano e o seu meio. O conceito enaltece, ademais, a saúde como um bem jurídico individual, coletivo e de desenvolvimento, o que implica na necessidade da preservação presente e futura do indivíduo e da humanidade, ou seja, considerando não só as presentes como as futuras gerações.

Em remate às considerações, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 8) esclarecem que a Constituição Federal de 1988 não especifica o que estaria incluído na garantia de proteção e promoção da saúde, tendo se alinhado à concepção mais abrangente do direito à saúde, cuja noção, longe de ser somente curativa, compreende as dimensões preventiva e promocional. Neste lance, o direito à saúde compreenderia não só a saúde em si, mas a sua proteção e promoção.

Nesse mesmo sentido, Dallari (2003, p. 47), sustenta que o conceito de saúde adotado nos documentos internacionais relativos aos direitos humanos é o mais amplo possível, sendo o direito a um nível de vida adequado à manutenção da dignidade humana.

Em razão disso, Dallari e Serrano Júnior (2010, p. 11) concluem:

A saúde depende, ao mesmo tempo, de características individuais, físicas e psicológicas, mas, também, do ambiente social e econômico, tanto daquele mais próximo das pessoas, quanto daquele que condiciona a vida dos Estados.

Em última análise, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 18) registram que, no Brasil, passados vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988:

Não deixou de ser polêmica a discussão em torno dos limites e das possibilidades de exigibilidade do direito à saúde, em nível

administrativo ou judicial, mas especialmente na condição de direito subjetivo oponível, individual e coletivamente, ao Estado e aos particulares.

Concluem que tal caráter aberto e amplo permite a permanente atualização do seu conteúdo, referente à definição concreta do objeto da prestação jusfundamental.

5.6 A SAÚDE PÚBLICA, O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O DIREITO À SAÚDE: DIRETRIZES E LIMITES CONSTITUCIONAIS

Os direitos fundamentais têm por objetivo a proteção de todas as dimensões da dignidade humana, tendo sua origem remota com o cristianismo (SERRANO, 2012, p. 12); Já na sociedade feudal, eles tiveram previsão na Carta Magna de 1215; Com o surgimento do capitalismo e da classe operária, e, posteriormente, com o Liberalismo, os Estados passaram a adotar constituições escritas visando estruturar o poder e assegurar as liberdades individuais, surgindo o constitucionalismo, sendo que primeiras constituições consagradoras dos direitos e garantias fundamentais foram a *Bill of Rights* de Virginia, em 1776, a Constituição dos Estados Unidos, em 1787, e a Constituição da França, em 1791. Entretanto, com o decorrer do tempo, tais direitos de primeira geração, que pregavam autonomia pessoal contra as expansões do poder e se pautavam pelo formalismo jurídico, provocaram o surgimento de uma sociedade desigual e injusta, tendo a igualdade se mostrado meramente formal, sem conteúdo político ou social. Assim, surgem no século XIX diversas doutrinas defendendo a intervenção do Estado na ordem econômica para a defesa dos direitos sociais (constitucionalismo social), cuja expressão se deu, primariamente, na Constituição Mexicana, de 1917 e na Constituição de Weimar (Alemanha), em 1919, com a consagração de direitos sociais (forma de defesa dos indivíduos perante a dominação econômica de outros indivíduos); Surgem, portanto, os direitos de segunda geração, reivindicando prestações positivas do Estado e não mais uma abstenção, em busca da realização da igualdade e de uma efetiva democracia social, através

do serviço público (SERRANO, 2012, pp. 14-21). Após o fim da primeira guerra mundial tal se intensifica, e se amplia, com o surgimento de uma solidariedade internacional após a segunda guerra mundial, com a criação de uma nova cultura social e dirigente, deixando de ser individual o enfoque dos direitos fundamentais, passando a ser social, com núcleo na fraternidade e solidariedade (direitos de terceira geração).

No trato das características dos direitos fundamentais, Davies (2012, pp. 22-23) aponta: Inviolabilidade, efetividade, interdependência, complementariedade, destacando, outrossim, a sua auto-generatividade, segundo ela, a característica fundante do Estado, que regula as condições mínimas existenciais do ser humano com os demais elementos estatais. Ademais, ela discorre a respeito da eficácia de tais direitos, estatutando que ela deve se dar por meio de instituições, garantias mínimas e efetividade contextualizada com todos os direitos fundamentais, posto que há uma relação de interdependência entre eles; Assim, para ela, não se pode garantir um direito sem que se garanta os demais aos quais o primeiro esteja vinculado, sob pena de não estar garantida a sua efetividade.

Nesse contexto, buscando-se a adequação da Constituição ao caso concreto, Serrano (2012, pp. 23-25) discorre a respeito da modificação da forma de interpretação constitucional clássica, passando de um ato de cognição para um ato volitivo, e dirigindo-se não apenas a uma, mas a diversas soluções, em busca da mais adequada ao caso concreto; Assim, o intelectualismo é substituído pelo voluntarismo e papel do juiz deixa de ser apenas a verificação mecânica das premissas em busca da conclusão lógica, passando a ser uma verdadeira forma de adequar a Constituição às alterações sociais; esta passa a ser, portanto, um sistema aberto de valores, com a normatização de princípios, conferindo-se lugar de destaque e essencialidade aos direitos fundamentais. Para a autora, a atividade interpretativa revela um papel de essencial importância na efetividade e concretização dos direitos fundamentais, de forma a superar a distância entre a Constituição e a realidade, garantindo maior legitimidade à Constituição e ao instituto da democracia: *“A interpretação tem por tarefa principal a concretização das normas constitucionais, de modo a traçar uma ponte interativa dessas com a realidade social e dinâmica”* (SERRANO, 2012, p. 27). Ela defende, ademais,

que a normatização dos princípios constitucionais transformou a Constituição em um sistema de normas jurídicas de duas espécies, coexistindo princípios e regras em um sistema dialógico, sem hierarquia entre eles, sendo diferenciados pelo maior grau de abstração dos primeiros, os quais trazem valores da ordem jurídica, e menor grau das segundas, que são dirigidas a situações diretas (p. 31).

A autora esclarece, outrossim, que as normas constitucionais devem ser interpretadas em sua unidade, considerando o papel dos princípios como mandados de otimização; Assim, a tarefa do intérprete é desvendar o significado da norma de acordo com o conteúdo que lhe foi determinado pela Constituição, além da sua melhor adequação às mudanças sociais:

[...] a Constituição deve ser vista como um sistema aberto de norma, constituído por regras e princípios, sensível às mudanças históricas e sociais e não estático, visando sempre uma evolução, na busca por maior efetividade do direito e consagração da dignidade da pessoa humana (SERRANO, 2012, p. 32).

Ao tratar das dimensões dos direitos (subjetiva e objetiva), Davies (2012, p. 24) as distingue na medida em que a primeira refere-se aos direitos subjetivos do cidadão, ou seja, são aqueles que podem ser reclamados diante da sua ausência, e a segunda corresponde ao aparato que o Estado deve possuir para garantir, de forma eficaz, a dimensão subjetiva; Esta segunda seria, desse modo, a dimensão institucional, a qual demarca o perfil do Estado Brasileiro, que é um Estado Democrático e Social, pois reconhece direitos de liberdade e direitos sociais.

O aparato estatal ao qual ela se refere equivale à atuação do Poder Legislativo, o qual atua na criação das condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos, do Poder Executivo, na execução das ações estatais por meio de prestações positivas, ou ainda, pela manutenção de determinadas instituições estatais, e em relação ao Poder Judiciário, que tem por dever a releitura do direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais (direitos, princípios e objetivos fundamentais) (p. 25).

Para a autora, nesse diapasão, a dimensão subjetiva está ligada ao Estado Social e a dimensão institucional ao Estado Democrático: O primeiro garante os direitos a serem pleiteados pelos cidadãos, o segundo a viabilização de tais direitos. Assim, para ela, não se pode falar em verdadeiro

Estado Democrático de Direito sem que estejam conjugadas ambas as dimensões dos direitos fundamentais, pois elas se complementam e devem ser implementadas paralelamente.

Exige-se, dessa forma, uma atuação positiva do Estado, no sentido de propiciar prestações materiais vinculadas à melhoria e distribuição dos recursos existentes, bem como a criação de serviços, disposição de bens, implantação e implementação de políticas públicas, de forma a serem solidificadas as diretrizes dos direitos fundamentais; Tais prestações ativas do Estado nas esferas econômica e social, entretanto, requerem a disponibilidade de recursos financeiros. Nesse particular, a mestre conclui que a insuficiência de recursos orçamentários não pode impedir a garantia das condições mínimas da existência humana, ou seja, um padrão mínimo da efetividade dos direitos sociais a prestações; caso contrário, haveria um sacrifício do princípio basilar do constitucionalismo moderno (dignidade da pessoa humana) e do núcleo fundante da Constituição (direitos fundamentais) (p. 26).

Davies (2012, pp. 30-31) estatui que, com o decorrer do tempo e o amadurecimento da sociedade, a garantia pura e simples dos direitos individuais se mostrou ineficiente para a efetivação dos princípios fundamentais; Dessa forma, os direitos sociais surgem como uma régua niveladora que almeja alcançar a igualdade material, intervindo o Estado, por meio de prestações positivas e concretas, para garantir o mínimo de dignidade aos indivíduos; Em busca desse conceito, ela se vale da lição de Lafer: *“São direitos de crédito do indivíduo com relação à coletividade. Tais direitos têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre os governantes e os governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los”*.

No trato dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, quais sejam, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados, Serrano (2012, p. 45) ensina que esses não excluem outros que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição; Nesse sentido, ela os conceitua como: *“[...] direitos fundamentais referenciados constitucionalmente à vida humana, possibilitando igualdade no exercício da dignidade, por meio de elementos vitais como a educação e a saúde”*.

Davies (2012, pp. 19-20), em seu turno, afirma que os direitos sociais são valores supremos do ser humano na promoção de sua dignidade e, por isso, apresentam-se como paradigma à efetividade do bem-estar individual e social do ser humano; Para a autora, tais direitos encontram-se dispersos ao longo do texto constitucional, bastando que estejam relacionados à dignidade humana e serem fundamentais à essência do ser e viver do indivíduo para serem assim considerados. Ao tratar da natureza de tais direitos, ela afirma ser poliédrica, possuindo três faces: resguardar a liberdade humana (direitos e garantias individuais), as suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e para a sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).

Ao tratar da efetividade e aplicabilidade das normas de direitos sociais, Serrano (2012, p. 64) defende a superação da concepção de mera programaticidade das normas sociais e que elas seriam destituídas de qualquer aplicabilidade; assim, não mais sendo válido o argumento de escassez dos recursos públicos para justificar a falta de concretização de tais direitos; Segundo ela, tal argumento não pode levar à descaracterização da natureza dessas normas, sendo possível, até mesmo, a sua justiciabilidade imediata, inclusive das normas que dependam de normatividade posterior por Mandado de Injunção; a autora assevera que os direitos subjetivos não deixam de sê-lo pela ausência das condições materiais e institucionais necessárias à sua fruição.

O conceito de “mínimo existencial” surge na doutrina de Serrano (2012, p. 65), atrelado à dificuldade de efetivação dos direitos sociais dependentes de uma atuação estatal quando contrastados à limitação de recursos financeiros para a concretização das políticas públicas; Assim, para ela, só se pode aplicar a teoria da reserva do possível como meio limitador quando se faz presente a realização do mínimo existencial para uma vida digna, além da existência de uma correta e eficaz política pública com o necessário planejamento e execução orçamentários; Ademais, a autora estatui que o Estado tem capacidade de aparelhamento e condição econômica de atuação, devendo atuar prioritariamente na consagração dos direitos fundamentais do homem e na realização dos fins e valores dimensionados pela ordem constitucional (p. 67).

Ademais, de acordo com a doutrina acima citada, o orçamento do Estado deve ser visto e estudado de forma harmônica à ordem constitucional vigente, especialmente quando da delimitação e escolha das diretrizes políticas e os impactos distributivos a serem alcançados. Em vista da condução da política pública do Estado brasileiro, com o estabelecimento de metas, diretrizes, planos de atuação e a forma como serão gastos os recursos arrecadados, a autora menciona os três instrumentos realizadores da política orçamentária previstos na Constituição Federal vigente: a) Plano Plurianual (PPA), que estabelece diretrizes e metas da administração pública federal, com a previsão das despesas a serem realizadas através de programa de duração continuada, por um período de quatro anos; b) Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que apresenta os planos para o exercício seguinte; e c) Lei Orçamentária Anual (LOA), que serve como execução dos planos e programas governamentais em compatibilidade com o PPA e o LDO. Além desses, ela destaca a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que estabelece um maior controle na realização orçamentária, bem como a Lei nº 10.028/2000, que estabelece penas pecuniárias e de reclusão para os crimes fiscais. Ela estatui, outrossim, que tais instrumentos exigem a apresentação meramente contábil do planejamento orçamentário, não existindo, entretanto, uma fiscalização quanto à aplicação concreta do orçamento tal como planejado, tampouco dos gastos públicos efetivamente realizados; Nesse diapasão ela cita Vignoli:

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 [...] é hora de os tribunais estabelecerem critérios objetivos e transparentes que permitam cruzar os dados do PPA, LDO e LOA com os dados contidos nos Balanços Anuais a fim de verificar se o que foi planejado está sendo efetivamente executado. (VIGNOLI *apud* SERRANO, 2012, pp. 69-70).

Assim, ela assevera que não se pode permitir a limitação dos direitos fundamentais com base em registros meramente contábeis, que não demonstram de forma clara e definitiva a eficiência da administração na gestão pública; Ademais, a reserva do possível não pode levar à falta de efetividade das normas sociais, exceto se houver prova contundente a justificar a efetiva ausência de recursos por parte do Estado; A autora conclui, nesse particular,

que a atuação estatal deve viabilizar as políticas públicas, de forma a assegurar a máxima efetividade das normas sociais, reduzindo-se as desigualdades sociais (pp. 71-72).

Com o intuito de alcançar tais objetivos, o serviço público afigura-se como principal instrumento de concretização das normas sociais. Na busca de sua origem, Serrano (2012, p. 75) menciona o advento do constitucionalismo e a necessidade de intervenção do Estado para a realização dos direitos coletivos e de cunho social, que visavam minimizar a pobreza e a miséria. Embora a autora destaque a existência contemporânea de um direito comunitário, com maior abertura constitucional, em que as bases voltam a ser os princípios do livre comércio e da livre concorrência, e que ocasiona a crise do serviço público, no Brasil, segundo ela, não se pode falar em superação do serviço público, pois este tem base constitucional e, ainda, existe a previsão do direito fundamental ao serviço público adequado (artigo 175, IV, da CF).

Ao tratar do conceito de serviço público Mello *apud* Serrano (2012, pp. 85-86) identifica dois elementos: a) Substrato material; e b) Regime jurídico de direito público; Assim, valendo-se das definições de Mello e Di Pietro, conceitua-se serviço público como sendo o oferecimento de vantagens ou comodidades materiais para a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos (serviços “*uti singuli*” e não “*uti universi*”, cujas vantagens são para todos); Ademais, na lição de Justen Filho, o essencial para caracterizar o serviço público seria o aspecto material, representado pelo fornecimento de utilidades necessárias à satisfação dos direitos fundamentais (p. 88). A autora conclui que o serviço público deve estar vinculado à prestação e continuidades dos direitos essenciais:

[...] o serviço público permanece como fator integrante do sistema jurídico nacional, na qualidade de instrumento concretizador dos direitos do ser humano, a proporcionar vida digna, proclamada pela ordem constitucional como um dos elementos fundantes do Estado Democrático de Direito (SERRANO, 2012, p. 90).

Avançando-se para a delimitação constitucional do serviço público de saúde, Serrano (2012, p. 96) discorre acerca do avanço significativo na área da saúde, com a existência de um sistema único e público de atendimento à saúde, sendo permitida, complementarmente, a participação do setor privado; Nessa ótica, ela insere a discussão sobre a regulação do setor

privado na atividade da saúde suplementar, destacando a criação da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, criada pela Lei nº 9.782/99 e da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, instituída pela Lei nº 9.961/00, como órgãos de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam assistência suplementar à saúde (p. 96), bem como menciona a atuação do terceiro setor, formado pelas OS's – Organizações Sociais (Lei nº 9.637/98) e pelas OSCIP's – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei nº 9.790/99), cujas criações, para ela, são de duvidosa constitucionalidade diante do disposto no artigo 175, da CF, que estatui a necessidade de concessão ou permissão, ambas precedidas por licitação, para a prestação do serviço público de forma indireta (p. 101).

Ao conceituar a saúde no âmbito da Constituição Federal de 1988, Serrano (2012, pp. 101-102) recorre ao artigo 196, da Constituição Federal, o qual impõe ao Estado o dever de promoção, proteção e recuperação do estado de saúde, devendo ser priorizado seu aspecto preventivo; Nessa lógica, ela remete aos níveis de atenção previstos na NOB – Norma Operacional Básica do SUS nº 01/96, que prevê: a) assistência (atividades prestadas nos âmbitos ambulatorial e hospitalar, e direcionadas às pessoas); b) intervenções ambientais (relações e condições sanitárias nos ambientes de vida e de trabalho, bem como o controle de vetores e hospedeiros, e, também a operação do sistema de saneamento ambiental); e c) políticas externas ao setor saúde (interferem nos determinantes sociais do processo saúde-doença das coletividades, tais como as questões relativas às políticas macroeconômicas de emprego, habitação, etc.); Ela também cita Rodrigues, que enquadra no direito à saúde as medidas profiláticas em geral: saneamento básico, meio ambiente natural e artificial ecologicamente equilibrados, programa de imunização, de vigilância sanitária e epidemiológica, de educação e conscientização sanitária, bem como as ações e serviços de saúde (programas de saúde, terapias de baixa/média/alta complexidade, tratamento ambulatorial e cirúrgico, remédios, transplantes, internações, serviços hemoterápicos e todo tipo de procedimento médico para doenças agudas e crônicas, de ordem física ou mental, incluindo a saúde reprodutiva) (p. 103).

Segundo Davies (2012, p. 45), a NOB/SUS 01/96 elucida, quanto à realização dos serviços públicos de saúde, quais deles incumbem a

cada um dos entes federados: a) Ao Município cabe a gestão direta dos serviços básicos de saúde aos seus munícipes; b) Ao Estado cabe a gestão estadual do SUS com a finalidade de criar condições favoráveis para que o Município assuma diretamente o serviço de saúde pública ou assumi-lo naqueles municípios sem estrutura suficiente, e ainda, promover a integração e a modernização do sistema municipal de saúde; c) À União, como gestora federal do SUS, cabe o papel de promover a integração e harmonização, o fomento dos gestores estaduais e, por via reflexa, dos gestores municipais, bem como exercer a função de normatização e coordenação no tocante à regulamentação nacional do SUS. Ela conclui: *“Esta gestão tripartite é importante para a atuação geral, estratificada e, ao mesmo tempo, unificada, para fazer jus à Federação em que o Brasil faz parte, isto é, o sistema é único, mas ao mesmo tempo descentralizado”*; mas ela complementa: *“Também é indispensável para a efetivação desta gestão, o repasse de recursos pela União, pois é ela quem arrecada”*.

Relativamente aos princípios constitucionais do acesso universal e igualitário, Serrano (2012, p. 105) destaca a equidade e a universalidade como pontos de destaque do SUS. Para ela, ao delimitar a organização da saúde sob o título da “seguridade social”, embora a previdência, a assistência à saúde façam parte do mesmo sistema, esta apresenta características próprias e nítido caráter universal e igualitário, diversamente do que ocorre com a primeira (que exige contribuições) e segunda (abrange apenas os necessitados e carentes); De fato, o acesso à saúde é a todos, independente de qualquer requisito; Na esteira dessas considerações, autora conclui:

[...] 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 assecuratórias, como também e especialmente preventivas, com o intuito de garantir a integridade e a dignidade humana da população. (SERRANO, 2012, p. 110).

Davies (2012, pp. 53-55) conceitua o SUS como *“Um conjunto de ações e serviços públicos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada, de execução em três esferas de governo”*. Ela afirma que seus princípios norteadores são a integralidade e a universalidade, sendo o significado deste absoluto a abrangente, devendo atingir a todos

incondicionalmente, independente da condição social ou qualquer outro pré-requisito contraprestacional; Já em relação à igualdade, esta veda qualquer discriminação no atendimento, não podendo haver privilégios de qualquer natureza; ela se presta, fundamentalmente, à redução das desigualdades por meio da política de justiça social (efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais).

A universalidade no SUS, segundo a autora, implica em uma amplitude geral e irrestrita, ou seja, sem qualquer espécie de discriminação ou parcialidade. Entretanto, o tratamento dos iguais deve se dar de forma igual, e dos desiguais, de forma diferente, na exata medida das suas diferenças. Nessa perspectiva, ela conclui:

[...] os menos favorecidos, de forma geral, devem ter mais acesso à saúde e, na sua concessão, todas as autoridades devem ter isso como meta. O juiz ao conceder tutelas judiciais, o administrador ao organizar políticas públicas e o legislador ao elaborar qualquer natureza de lei (SERRANO, 2012, p. 55).

Para ela, no entanto, o conceito de hipossuficiente em matéria de saúde pública deve ser analisado caso a caso, ou seja, este é um conceito relativo, a depender do custo do tratamento, por exemplo. A autora assevera que a lei não fez tal limitação inicialmente, ficando, portanto, a cargo do Judiciário a integração do sistema com critérios de acordo com os princípios e diretrizes gerais do sistema constitucional de saúde a respeito de tal integração.

Ademais, por ser tratar de um serviço público essencial, a assistência à saúde deve ser prestada de forma necessariamente gratuita, pois, se assim não fosse, a Constituição teria estabelecido o seu caráter contributivo, sendo esta conclusão, para Serrano (2012, p. 113) decorrente da própria lógica do sistema constitucional e dos princípios da universalidade, igualdade e integralidade, além de ser um meio de se garantir a equidade, a qual não era garantida com o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social) e o INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), em que apenas os segurados faziam *jus* ao atendimento médico; ela também afirma que a gratuidade restou consagrada pelo artigo 40 da LOS – Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90).

A autora discorre a respeito das diretrizes e descentralização do SUS, retomando a redação prevista no art. 198 da CF:

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

- I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade.

A participação da comunidade, segundo Davies (2012, p. 47), representa um instrumento de democracia participativa, e que, conforme Weichert: “[...] *garante à população espaço direto na formulação, implementação, gestão e controle de uma política pública, afasta as práticas paternalistas e desenvolve o senso de responsabilidade comum*”. Nesse diapasão, ela cita o art. 7º, VIII, da LOS, que dispõe sobre a participação da comunidade:

Art. 7º: As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...]

VIII – participação da comunidade.

Ademais, ela menciona a Lei nº 8.142/90, que cria as Conferências e os Conselhos de Saúde. As primeiras se reúnem a cada quatro anos, para avaliar e propor diretrizes para as políticas públicas sanitárias; já os segundos são permanentes e deliberativos, sendo vinculantes as suas conclusões relativamente ao ente que representa; Ambos são constituídos por usuários do sistema (metade dos membros) e por representantes do governo, prestadores de serviço e profissionais da saúde.

De acordo com Serrano (2012, p. 117), todos os entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) participam do sistema de saúde, de forma coordenada, através de uma rede descentralizada, regionalizada e hierarquizada; Para a autora, portanto, a regionalização implica na criação de regiões de saúde, as quais foram definidas pelo Decreto 7.508/11, segundo o qual deverá haver hierarquização do atendimento, de forma que haja uma rede de referência e contra-referências em matéria de saúde; Além disso, embora unificado, o sistema possui direção única, sendo o Ministério da Saúde responsável pela edição da política nacional, em nível federal, e as Secretarias

Estaduais e Municipais responsáveis nos respectivos Estados e Municípios. Também a diretriz de descentralização, de acordo com a autora, foi regulamentada pela LOS e pelo Decreto supra mencionado, identificando um processo dinâmico em que a União e os Estados devem transferir, aos poucos, a gestão das ações e recursos na área da saúde para os Municípios, sendo que estes devem assumir, inicialmente, a gestão dos serviços básicos; Ela salienta a esse respeito, que as três esferas da Federação mantêm suas obrigações de forma recíproca e permanente, e, caso uma delas não cumpra suas funções, as outras devem fazê-lo; ou seja, a descentralização refere-se apenas à execução dos serviços mas não à responsabilidade quanto à assistência à saúde. Portanto, conclui a autora, todos os entes federados são gestores do sistema de saúde, não havendo hierarquia, mas uma distribuição de competência entre eles; Ademais, embora cada um desenvolva as respectivas políticas e gestões próprias da saúde, a responsabilidade é comum e solidária perante a população; Por fim, ela salienta que tal ação coordenada e harmônica se viabiliza através dos fóruns de negociação: Conselho Municipal de Saúde (CMS), Comissão Intergestores Bipartite (CIB), Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e Conselhos de Saúde (p. 120).

Ao discorrer sobre a estrutura básica legislativa do SUS, a autora ensina que a sua regulamentação se deu através da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como sobre a organização e o funcionamento de seus serviços. Relativamente à implementação das ações e serviços de saúde, esta se deu por meio das Normas Operacionais do SUS, editadas pelo Ministério da Saúde em consenso com as três esferas governamentais, sendo tais normas materializadas por meio de Portarias Ministeriais. Ademais, ela assevera que as NOB's (nº 01/91, 01/92, 01/93 e 01/96) representam instrumentos normativos para a operacionalização da diretriz de descentralização das ações e serviços de saúde, tendo definido a competência de cada esfera de governo e o critério para que os Estados e Municípios se habilitassem para o recebimento de repasses do Fundo Nacional; Também menciona a NOAS (Norma Operacional da Assistência à Saúde) nº 01/02, a qual instituiu a gestão plena da atenção básica e criou o

“Pacto pela Saúde”, por meio da Resolução nº 399, de 22/02/06; ela assevera que tais normas são objeto de negociação entre o Ministério da Saúde, representantes das Secretarias Estaduais de Saúde (CONASS – Conselho Nacional dos Secretários de Saúde), das Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS – Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde) e são pactuadas nas CIT’s (pp. 121-122).

O Decreto nº 7.508/11 também é objeto de análise de Serrano (2012, p. 123), o qual, regulamentando a Lei nº 8.080/11, dispõe de forma detalhada sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e à articulação interfederativa. A autora estatui que, a despeito da demora, o Decreto trouxe avanços e novidades para aperfeiçoar e atualizar o SUS, reafirmando a necessidade de universalização, equidade e integralidade na prestação dos serviços de saúde, e fortalecendo a gestão comunitária e as instâncias de pactuação federativas; Para ela, ademais, o Decreto evidencia e detalha o funcionamento da estrutura do SUS, com a demonstração precisa dos serviços colocados à disposição e as responsabilidades de cada um dos entes; Outrossim, a definição de regiões e mapas de saúde, permite a identificação das necessidades de saúde, orientando o planejamento integrado; demarcam-se, igualmente, as “portas de entrada” do SUS, quais sejam: atenção primária, atenção de urgência e emergência, atenção psicossocial e portas especiais de acesso (p. 124). Para a autora, também merece destaque a criação dos COAP’s (Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde), os quais têm por objeto a organização e integração das ações e serviços de saúde, os quais devem ser pactuados em cada região de saúde, com a definição das responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios avaliativos do desempenho, recursos financeiros que serão disponibilizados, bem como a forma de controle e fiscalização da sua execução. Ela conclui:

O decreto traça, assim, uma gestão compartilhada entre os entes federativos, através do planejamento ascendente e integrado, que vai do nível local até o federal, com o estabelecimento de metas de saúde e a definição da Rede de Atenção à Saúde e Serviços Especiais de Acesso Aberto. (SERRANO, 2012, p. 125).

Ao discorrer sobre a padronização no SUS, através de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, bem como pelas relações

nacionais de serviços e medicamentos, instituídas tanto pelo Decreto nº 7.508/11 quanto pela Lei nº 12.401/11, Serrano (2012, pp. 125-126) afirma que tal modelo de gestão (por processos), visam à padronização dos serviços públicos de saúde, inclusive da assistência farmacêutica, com vistas a atingir o melhor resultado no menor tempo possível, e, ainda, com a redução de custos. Nesse sentido dispõe o artigo 2º, inciso VIII, do Decreto:

Art. 2º: Para efeito deste Decreto, considera-se:

[...]

VIII: Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica - documento que estabelece: critérios para o diagnóstico da doença ou do agravamento à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

A autora assevera que a competência para dispor sobre a relação das ações e serviços de saúde oferecidos, bem como a elaboração da relação de medicamentos, protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas cabe ao Ministério da Saúde, em âmbito nacional, com a atualização a cada dois anos (p. 126).

A padronização no âmbito do SUS busca melhorar a qualidade da gestão, através da ação coordenada das três esferas de governo, com o incremento das ações e serviços e redução de gastos. Entretanto, para Serrano (2012, 126), o sucesso de tal modelo está diretamente ligado à competente e eficaz elaboração e atualização dos protocolos clínicos, das diretrizes terapêuticas e das listagens, necessariamente com a participação da comunidade; também se exige a neutralidade pública, para não ceder aos grupos de pressão, bem como a presença de profissionais técnicos em número adequado, e com o devido treinamento que assegure a correta utilização das regras. Ademais, ela estatui que não se possa considerar o modelo absoluto, sob pena de se ferir as determinações constitucionais da universalidade e integralidade, pois tais protocolos e diretrizes traçam um perfil básico, sendo certo que determinados usuários possam exigir internação diferenciada.

Ao tratar dos artigos 20 e 28 do Decreto, a autora estatui que eles são de duvidosa constitucionalidade e causam grave injustiça, uma vez que limitam o acesso ao SUS a usuários do sistema e negam o fornecimento de medicamentos prescritos por profissional não integrante do SUS; Para ela,

tal conduta contraria frontalmente a universalidade, pois, hoje em dia, há grande adesão à assistência médica privada justamente pela ineficiência do sistema público de saúde, o que tem gerado planos de saúde não confiáveis e que nem sempre cobrem todas as despesas na área de saúde, além do aumento da possibilidade de quebra e fraude nesse setor (p. 130); A autora destaca também o fenômeno da “verticalização da saúde”, em que as operadoras dos planos de saúde investem na criação ou ampliação de rede própria, com a construção de hospitais próprios, passando a ter, assim, o controle dos serviços de saúde ofertados, sendo certo o prejuízo no atendimento. Ela conclui, portanto: *“O SUS foi criado e idealizado com base na universalidade e integralidade, o que significa atendimento não somente à população carente, mas a todo e qualquer cidadão, seja, ainda, portador ou não de plano de saúde”* (p. 131). A fim de complementar tal assertiva, ela salienta o ressarcimento que o Poder Público pode e deve buscar em face do plano de saúde do beneficiário atendido pela rede pública.

No tocante à assistência terapêutica e à incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS, a autora menciona a Lei nº 12.401/11, que estabelece a inclusão de medicamentos e novas tecnologias, mas com a imposição de limites (a prescrição de medicamentos e produtos para a saúde deve estar em conformidade com as diretrizes terapêuticas e definidas em protocolos; e a incorporação, exclusão ou alteração de tais protocolos e diretrizes deve ser feita por processo administrativo do Ministério da Saúde, a ser concluído no prazo de 180 dias, prorrogável por mais 90 dias), estatuinto que, ao definir o que seja “assistência terapêutica integral”, tais disposições legais ferem a integralidade e a universalidade, pois reduzem a incidência da norma constitucional que institui o direito à saúde (p. 134).

A autora também analisa a participação da comunidade e as instancias de pactuação previstas na Lei nº 8.142/90, a qual possibilita o controle social quanto aos gastos públicos, através das Conferências e Conselhos de Saúde: a primeira se reúne a cada quatro anos, com a representação de vários segmentos da sociedade, podendo propor diretrizes para a política de saúde, bem como avaliar a situação de saúde; já os segundos são permanentes e possuem caráter deliberativo, contando com a presença de representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais

da saúde e usuários (p. 135). Relativamente aos Conselhos, ela estatui que eles atuam na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, funcionando como importante vetor de fiscalização, pois têm em sua composição usuários diretos dos serviços de saúde, o que possibilita o controle da aplicação dos recursos e dos gastos públicos; As decisões dos Conselhos são homologadas pelos chefes de cada esfera governamental: CNS (Conselho Nacional de Saúde), CES (Conselho Estadual de Saúde) e CMS (Conselho Municipal de Saúde) (p. 135).

No trato da Lei nº 12.466/11, a qual reconheceu como foros de negociação e pactuação entre gestores a CIB, a CIT e a CIR (Comissão Intergestores Regional), responsáveis por decidir aspectos financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, como também para definir diretrizes a respeito da organização e funcionamento das ações e serviços de saúde, e também sobre as regiões de saúde; nessas comissões os gestores são representados pelos CONASS, CONASEMS e COSEMS (Conselho de Secretarias Municipais de Saúde) (p. 136).

A Lei Complementar nº 141/12, que regulamentou o art. 198, § 3º da CF, para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços de saúde, bem como para estabelecer critérios de rateio dos recursos de transferência para a saúde e normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde, é vista pela autora por seu diferencial de definição de quanto deva ser gasto com a saúde e do que seja “gasto com saúde”. A lei incumbe à União o dever de aplicar o mesmo valor aplicado no exercício financeiro anterior, acrescido da variação nominal do PIB; Já os Estados devem aplicar 15% do valor arrecadado com impostos; Os Municípios, 12% de tal valor; E o DF, entre 12% e 15%. Ademais, ao especificar quais sejam as despesas para fins de saúde, a lei estatui que são aquelas especificamente voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, e que atendam aos princípios da LOS, veda a inclusão de outros gastos (ex.: limpeza urbana); assim, passam a ser mais claras e ter menos desvios as prestações de contas dos entes federados. Para Serrano (2012, p. 139), portanto, a lei possibilitou maior transparência e possibilidade de fiscalização, pois exige a publicação de contas periódicas na área de saúde, além de exigir um sistema

de registro eletrônico centralizado das informações de saúde (SIOPS – Sistema de Informações Sobre Orçamento Público em Saúde), referente aos orçamentos públicos da União, Estados, Municípios e DF, que deve ser mantido pelo Ministério da Saúde.

No que diz respeito à regionalização e à hierarquização, e ao sistema de referências e contra-referências, a autora ensina que, com vistas à otimização dos recursos públicos, deve haver uma hierarquização no atendimento, com a divisão em distintos níveis de complexidade: a) Atendimento primário (baixa complexidade); b) Atendimento secundário (complexidade intermediária); e c) Atendimento terciário (alta complexidade). Nessa lógica de organização, as unidades de assistência primária constituem a “porta de entrada” do sistema, havendo, a partir dali, um eventual referenciamento do paciente para uma unidade de maior complexidade, justamente com a ideia de consolidar os postos de atendimento primário (postos de saúde, unidades básicas de saúde, etc.). A autora conclui, com base na Resolução 03/81 da CIPLAN (Comissão Interministerial de Planejamento e Coordenação):

[...] tal sistema deve se organizar com unidades de níveis de atendimento primário, secundário e terciário, conforme a necessidade, com articulação entre elas, de forma que se identifique 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. (SERRANO, 2012, p. 141).

Para a autora, esse sistema é essencial para a implantação do SUS, viabilizando maior acessibilidade e eficácia na gestão pública, favorecendo, ainda, o melhor aproveitamento dos recursos públicos. Ademais, ela enaltece os incisos VI, XII e XII do art. 7º da LOS, que dispõem sobre o direito de informação do paciente quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelos usuários, à capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência, bem como à organização pública para evitar a duplicidade de serviços e o desperdício de recursos públicos, especialmente por faltarem outras ações e serviços essenciais; ela assevera que uma rede de informação ao usuário é de vital importância para que este conheça o local para o qual deverá se dirigir para um determinado tratamento.

Em se tratando da assistência integral, Serrano (pp. 144-145) ensina que a integralidade é uma decorrência lógica do direito fundamental à saúde; Ela cita o artigo 7º, inciso II, da LOS, segundo o qual a integralidade deve ser entendida como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para todos os casos, em todos os níveis de complexidade do sistema; Para ela, portanto, tal previsão remete à ampla extensão do conceito de saúde, implicando o manejo de recursos para a preservação e restauração de tal estado de saúde: atividades preventivas, curativas e integrativas do indivíduo à sociedade.

Davies (2012, p. 46), por sua vez, estatui que é necessário regular tal integralidade (art. 7º, inciso II, da LOS), pois a medicina possui medicamentos e tratamentos infundáveis, por isso se exige uma lógica razoável na efetivação desta integralidade; Nesse sentido, ela sugere a publicação de lista de medicamentos a serem fornecidos gratuitamente aos pacientes do SUS, mas também não afasta a possibilidade de judicialização do direito à saúde para incluir medicamentos não inscritos nesse rol, desde que tenham a eficácia comprovada e que tal peito se dê por ação coletiva.

Nessa perspectiva, a autora propõe dois critérios ordenadores da integralidade: a) Filosófico; e b) Acesso integral e regular no SUS. No primeiro, não se pode dar tudo a todos, sob pena de surgirem injustiças maiores do que as existentes; deve-se avaliar o grau de abstração existente, com enfoque na macrojustiça e não na microjustiça de casos individuais, pois a sua natureza de direito social demanda a reflexão de uma forma muito mais coletiva do que individual. O segundo critério trata do ingresso de cada cidadão no sistema idealizado pelo constituinte, de forma a assegurar um direito à saúde de forma racional, ou seja, considerando as regras e diretrizes legais; Assim a direito à saúde alcança sua maior amplitude possível (p. 58).

Davies (2012, pp. 58-59) discorre a respeito do critério filosófico de justiça de John Rawls, o qual parte da premissa que a vida não é justa e, por isso, a vida social deve ser a mais justa possível (“fair play”); Ele trata do desrespeito das regras do jogo e do desregramento institucional, problematizando e reformulando as relações entre o Direito, a política, a filosofia e a moral; ele tenta reabilitar o liberalismo político através da reconciliação dos princípios liberais com os princípios do igualitarismo, sendo

sua concepção de liberalismo calcada na “justiça com equidade”, com um nível maior de abstração e generalização se comparado ao contratualismo.

Segundo a autora, Rawls defende a existência de uma concepção pública de justiça, em que todos aceitem, saibam e satisfaçam os mesmos princípios na atribuição de direitos e deveres, e na divisão apropriada das vantagens sociais; Ele tenta conjugar o individualismo formal dos direitos fundamentais e o igualitarismo, bem como superar o utilitarismo (bem estar do maior número de pessoas) e o intuicionismo, além de levar a um alto grau de abstração a teoria contratualista, a qual, segundo ele, teria sido resultado da sucessão de três etapas: a) adoção dos princípios da igualdade e da diferença; b) deliberação sobre as diretrizes da sociedade; e c) estabelecimento de políticas voltadas ao bem-estar e à justiça sociais. (p. 60).

A sua teoria idealiza como posição original de igualdade o estado da natureza, em que os princípios da justiça são escolhidos por um consenso ou ajuste equitativo; Para Rawls, portanto, a sociedade forma um sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres, iguais, racionais (concepção do bem) e razoáveis (senso de justiça), e, portanto, com plena autonomia política (p. 61).

Ele distingue, ademais, “justiça” de “equidade”, defendendo que não se deve alcançar apenas justiça com equidade, mas probidade com equidade; Portanto, ele defende a distribuição equitativa dos bens primários (bens básicos para qualquer pessoa), baseada nos princípios da igualdade e da diferença, os quais devem ser atendidos de forma sequencial. O primeiro, também chamado de princípio da igual liberdade (“equal liberty principle”), estatui que todos têm igual direito aos direitos e liberdades básicas (políticas); O segundo remete a duas premissas: igualdade de oportunidade a todos e desigualdade para promover o maior benefício aos menos afortunados. Assim, ele conclui que as desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de modo que a todos beneficiem, sendo a injustiça caracterizada pela desigualdade ou desvantagem que não beneficie a todos (p. 62).

Rawls acolhe três conceitos: a) *Original position* (estado da natureza): Há a escolha dos princípios que deverão governar a sociedade sob o “veil of ignorance” (véu da ignorância das pessoas nesse estado), que formam a “basic structure of society” (estrutura básica da sociedade conforme

os princípios escolhidos); há uma neutralidade de propósitos e imparcialidade, prevalecendo a regra “maximin” (“maximun minimorum”), ou seja, em situações de incerteza, escolhe-se a menos pior das alternativas, prevalecendo, assim, o senso de justiça. b) *Well-ordered society* (sociedade bem ordenada): efetivamente regulada por uma concepção política e pública de justiça, em que todos aceitam os mesmo princípios; Há termos equitativos de cooperação social, bem como das instituições políticas, sociais e econômicas; e c) *Reflexive equilibrium* (equilíbrio reflexo): Visa estabelecer uma coerência entre os casos particulares, de um lado, e os princípios éticos, com seus pressupostos éticos, de outro; são definições que vão se amoldando e modificando com o passar do tempo, alterando os princípios, de forma que o equilíbrio reflexo é o ponto em que as opiniões e os princípios coincidem (p. 63).

À luz da teoria de Rawls, Davies (2012, p. 64) exemplifica, quanto ao direito à saúde, o conceito de “racionalidade deliberativa”, o qual implica no bem-estar de um indivíduo levando em conta os interesses do demais. Nesse sentido, ela estatui que o equilíbrio reflexo seria:

[...] o amadurecimento ideal da sociedade em ter um Estado que efetivamente garante este direito aos seus habitantes e que, por outro lado, estes habitantes compreendam que o direito oferecido nos moldes estatais, embora não seja de qualidade mais sofisticada, é o mais justo por atingir a todos de forma indistinta e eficaz.

Para ela, ademais, considerando que o direito à saúde é um direito social, que dever ser implementado primordialmente de forma coletiva, e que cada pessoa tem igual direito de acesso ao SUS, as demandas judiciais individuais que privilegiem um medicamento que possua similar fornecido pelo Estado são injustas, assim como demandas pleiteando um tratamento (ex.: daltonismo) no exterior, sendo que existem enfermidades de maior gravidade não erradicadas no país. Nesse diapasão, e questionando-se sobre a melhor forma de se administrar a justiça para todos através das instituições sociais, ela conclui:

[...] ao se efetivar, ainda que judicialmente, o direito à saúde em situações concretas, como as acima expostas, não se está fazendo verdadeiramente justiça. A concessão de determinados critérios pode causar injustiças ainda maiores, passíveis de observação apenas numa visão macro-administrativa (DAVIES, 2012, p. 66).

Em relação ao segundo critério, qual seja, o acesso integral e regular no sistema (SUS), Davies (2012, pp. 67-68) explana que a organicidade da saúde pública brasileira se dá através de um sistema que contém regras e diretrizes a serem seguidas, sendo seu principal requisito o ingresso regular no sistema; Assim, a autora afirma que, para ter acesso às ações e serviços de saúde (art. 6º, I, da LOS⁴), deve-se estar inserido no sistema, tendo sido o atendimento realizado integralmente pela saúde pública, ou seja, por profissional integrado no SUS, que tenha conhecimento dos protocolos e regulamentos técnicos da saúde pública, e também, devem-se observar os demais regramentos técnicos e administrativos que o compõem. O SUS tem, portanto, um condicionante, que é a porta de entrada pelo serviço público, sendo, então, garantida a integralidade, desde que observados os regramentos e os protocolos técnicos internos, pois o paciente será tratado em conformidade com as políticas do sistema.

Na esteira dessas considerações, e em remate ao conceito de saúde, considerando, ainda, o disposto no art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵ Serrano (2012, p. 147) conclui que o direito à saúde é de índole eminentemente progressista, devendo sempre ser realizado no decorrer do tempo, com o aumento de políticas públicas a serem implementadas e desenvolvidas pelo Estado, além da necessidade de atuação preventiva por meio de ações de vigilância sanitária, saneamento básico, entre outras.

Ao tratar do orçamento público e dos limites da Administração Pública, Serrano (2012, pp. 149-151) explicita que, por o Brasil se constituir em Estado Democrático de Direito, ele deve sempre direcionar suas atividades à realização do bem comum, sendo, também, uma decorrência lógica, a sua responsabilidade no trato da coisa pública, devendo, por isso, cumprir devidamente as finalidades delineadas pela Constituição Federal, o que envolve não apenas a correta e eficiente gestão do orçamento público, mas o devido planejamento e compatibilização das receitas e despesas. Ela ensina

⁴ Art. 6º, I: “a) vigilância sanitária; b) vigilância epidemiológica; c) saúde do trabalhador; e d) assistência terapêutica integral”.

⁵ Art. 12: “[...] 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”.

que o “orçamento clássico”, ou seja, mera peça contábil sem qualquer intenção de estabelecer diretrizes políticas ou programa de atuação do Estado, já fora previsto na Constituição de 1824; entretanto, a ideia de “orçamento programa” foi institucionalizada apenas em 1964, pela Lei nº 4.320/64, sendo um documento em que são discriminados os recursos financeiros e de trabalho destinados à execução de Programas, Projeto e Atividades característicos da ação governamental. A Constituição Federal de 1988 inovou ao criar novos institutos de planejamento orçamentário: a) Plano Plurianual (PPA); b) Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO); e c) Lei Orçamentária Anual (LOA). O primeiro estabelece diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes, além das relativas aos programas de duração continuada; A segunda compreende as metas e prioridades da Administração Pública federal, incluindo as despesas para o exercício financeiro subsequente, orientando a elaboração da LOA, além de dispor sobre alterações na legislação tributária e estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento; A terceira contém o orçamento fiscal relativo aos poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo poder público, bem como o orçamento de investimento e da seguridade social. Ela explica que em tais documentos o Estado deve traçar um planejamento de atuação para a realização de suas finalidades, indicando as receitas e as despesas a serem realizadas. Ela explicita que tal planejamento orçamentário envolve uma decisão política, que nem sempre reflete as necessidades e o bem-estar coletivo; Assim, para reduzir tal margem de liberdade, o PPA faz previsões para quatros anos, tendo início no segundo ano da administração até o fim do primeiro ano da gestão subsequente, visando manter, dessa forma, a continuidade administrativa; Ademais, a LOA não pode destinar recursos a projetos não incluídos no PPA, exigindo autorização legislativa ou a abertura de crédito suplementar (p. 154). Ela destaca, ademais, a criação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00), a qual estabeleceu normas de finanças públicas voltadas à responsabilidade na gestão fiscal, por meio de ação planejada e transparente, com o estabelecimento de metas de resultados entre receitas e despesas (p. 151).

Relativamente aos princípios aplicáveis ao planejamento orçamentário, Serrano (2012, p. 155) menciona: a) Unidade; b) Universalidade; c) Anualidade; d) Não afetação ou não vinculação; e) Especialização; e f) Exclusividade de créditos suplementares ou adicionais. O primeiro prescreve que o orçamento deve estar contido em uma única peça, existindo um orçamento para cada esfera política; o segundo remete à exigência de previsão de todas as despesas, seja da Administração Pública direta ou indireta; O terceiro estatui que a previsão das despesas e receitas no planejamento orçamentário será realizada pelo período de um ano (um exercício financeiro); O quarto refere-se à vedação constitucional de vincular receitas de impostos a órgão, fundo ou receita, exceto nos hipóteses previstas na CF; O quinto assevera que as despesas e as receitas devem ser detalhadas, não sendo possível a previsão genérica; E o sexto preceitua que o plano orçamentário deve se limitar às previsões específicas de despesas e receitas, com exceção dos créditos adicionais, que podem ser suplementares (para reforço da dotação orçamentária), especiais (para despesas sem dotação orçamentária específica) ou extraordinários (para despesas urgentes e imprevistas).

Ao tratar das despesas públicas, a autora ensina que elas podem ser, de acordo com a Lei nº 4.320/64, correntes (de custeio ou de transferência) ou de capital (de investimento, de inversões financeiras ou de transferências de capital); a realização das despesas apenas pode se dar através de empenho, o qual, segundo a autora, é o ato que cria a obrigação de pagamento ao Estado, seguido de liquidação, conceituado por ela como a verificação da existência do direito adquirido pelo credor, e, então, do pagamento (p. 160). Já no atinente às receitas públicas, ela as classifica em originárias (decorrentes do próprio patrimônio do Estado) e derivadas (derivadas de formas compulsórias de arrecadação).

Ao tratar do orçamento público enquanto instrumento concretizador das finalidades públicas e bem-estar social, a autora ensina que, ao delimitar as diretrizes orçamentárias, o Estado não pode se afastar de seu objetivo primordial, qual seja, o interesse público, devendo implementar os direitos fundamentais do cidadão, necessários à redução das desigualdades sociais; Ademais, para a autora, tal gestão deve estar coordenada com as

necessidades sociais, sendo direcionadas as receitas conforme as metas e prioridades constitucionais.

Ao discutir sobre as possibilidades de intervenção do Poder Judiciário na alocação de recursos no caso concreto, a autora entende ser possível quando do descumprimento de comandos normativos constitucionais ou quando se verificar agressão ao princípio da proporcionalidade, pois, segundo ela, embora se trate de ato primordialmente político e que contenha certo grau de discricionariedade, deve sempre ser direcionado ao interesse público, vinculado à relevância dos direitos fundamentais e coordenado com os valores traçados pela Constituição; Assim sendo, pode ser objeto de fiscalização no momento da execução do planejamento orçamentário, de forma a adequar a gestão pública às linhas traçadas pela ordem constitucional, pois o ato administrativo viciado quanto à sua finalidade ou realizado contrariamente ao interesse público pode ser questionado pelo Poder Judiciário (pp. 166-167). Ela também se refere à lição de Di Pietro para estatuir que o princípio da razoabilidade serve como parâmetro limitador da discricionariedade do legislador e do administrador, sendo possível a invalidação pelo Judiciário quando constatada irrazoabilidade, desconexão com os interesses constitucionais, ou ainda, inadequada proporcionalidade entre meios e fins; Assim, nessas hipóteses, torna-se possível o questionamento do planejamento orçamentário pelo Judiciário (p. 168); Ela ressalta, ademais, que a existência de uma precária fiscalização, com a mínima participação pública, o que faz preponderar as opções políticas do Estado, que nem sempre coincidem com o interesse público e social.

Serrano (2012, pp. 169-172) indaga quanto à forma e encaminhamento da receita, ou seja, se ela é utilizada corretamente após o seu planejamento regular. Nessa perspectiva, embora haja valor significativo para a resolução de problemas sociais (15,7% do PIB em 2004), há uma má utilização ou uma errônea focalização dos recursos. Relativamente aos recursos sociais, 65% são destinados à previdência social, 5,3% à educação, e 12,8% à saúde e à cultura, sendo os gastos com a saúde aplicados em atuação preventiva (5%), medicamentos e vacinas (4,2%) e vigilância sanitária (0,6%).

A autora explicita, além da problemática existente no tocante à opção de prioridades e diretrizes traçadas pelo Estado e da errônea focalização dos gastos públicos, a questão da execução do orçamento, pois o sistema legal não oferece instrumentos para verificar a compatibilidade entre o orçamento previsto e o realizado, o que dificulta a constatação se as despesas foram corretamente direcionadas, se o custo real se compatibilizou com a previsão, se houve desvios, etc.; Para ela, embora existam instrumentos de fiscalização da execução orçamentária, tais como os Tribunais de Contas, sua função é meramente preventiva e fiscalizadora, não sendo sem possível a sustação das despesas ou contratos viciados; Além disso, a participação popular não se mostra eficaz enquanto instrumento de fiscalização a provocar uma gestão pública responsável. Em remate às suas considerações, vem a lume o problema da corrupção, sendo apontados como seus principais elementos pela mestre: a falta de fiscalização e transparência na gestão pública, e a questão cultural da falta de punição dos agentes (p. 173).

O tema da eficácia dos direitos sociais está ligado, de acordo com Serrano (2012, pp. 179-181) ao conceito de serviço público, o qual se revela como instrumento adequado à realização dos direitos fundamentais; Assim, os direitos sociais são viabilizados por meio da atuação do Estado, através dos serviços públicos. De fato, para a autora, e conforme a doutrina de Mello, as normas viabilizadoras de direitos sociais são passíveis de aplicabilidade e exigibilidade imediata e, portanto, geram direitos subjetivos, que não abandonam tal característica pela ausência de condições materiais e institucionais à sua fruição; Assim, não podem a escassez de recursos públicos, a falta de implementação das políticas ou a própria ineficiência no trato da coisa pública descaracterizarem a natureza de tais normas.

Especificamente quanto à alegação estatal de descumprimento de tais direitos diante da insuficiência de recursos financeiros, Serrano (2012, p. 183) assevera que ela deve carecer de justificada demonstração. Para a autora, deveria existir um planejamento adequado do orçamento público, desde o momento em que são traçadas as diretrizes políticas, devendo sempre ser lembradas as prioridades do Estado e a dignidade humana; Entretanto, segundo ela, o planejamento orçamentário é um misto de elaboração técnica e política, sem neutralidade nas decisões públicas, de forma que não se pode

presumir a correta gestão das receitas e a adequada alocação de recursos conforme as necessidades e interesses públicos; e justamente nesse ponto admite-se a impugnação judicial do orçamento em fase de planejamento, caso ele se afaste das diretrizes legais e constitucionais, obrigando à transposição de valores, ou ainda, há quem sustente a possibilidade de intervenção do Judiciário quando da tramitação legislativa do projeto da lei orçamentária, desde que restar demonstrada lesão ao princípio da proporcionalidade ou descumprimento dos comandos normativos constitucionais.

Para Serrano (2012, p. 184), a escassez de recursos públicos está ligada a diversos fatores sociais e políticos e não à ilimitabilidade das necessidades sociais, tais como: corrupção, execução orçamentária desconectada do planejamento, má utilização das receitas públicas, falta de controle e fiscalização da gestão pública, etc.; Assim, para ela, não se justifica a mera alegação da escassez de recursos, ainda mais, conforme aponta relatório do Ministério da Saúde, em um contexto em que apenas oito Estados e o DF aplicam o mínimo exigido em saúde (p. 185). A autora conclui se tratar de uma questão de prioridade e escolha política, devendo o Estado se pautar pela razoabilidade na gestão pública; ela cita, nesse sentido, o entendimento do STF na ADPF 45:

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 mesmo aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (SERRANO, 2012, p. 186).

A autora discorre a respeito do direito à saúde e seu dimensionamento constitucional, sendo que, para ela, tal direito denota um conteúdo coletivo, visando à satisfação de uma necessidade social, e se realiza precipuamente pelo Estado, por meio dos serviços públicos; Assim, devem ser observados os princípios da universalidade e igualdade, por meio de uma gestão pública que assegure a aplicação concreta e imediata da lei, através de um sistema único operante por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada; Portanto, ela conclui que tal direito gera um inescusável direito subjetivo ao usuário e cidadão, com vistas à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais, o

qual deverá ser assegurado até mesmo judicialmente, caso ele não se vislumbre concretamente (p. 190).

Para Davies (2012, pp. 73-74), que discorre a respeito dos limites à realização da integralidade do direito à saúde, este não é um direito individual ilimitado, sendo indispensáveis, limites e parâmetros para a efetivação do direito à saúde pública, pois, enquanto direito social, ele deve ser implementado de forma coletiva, gradativa, progressiva e contínua, não de forma imediata e instantânea.

Ela se vale das palavras de Ferraz e Viera⁶, para defender que não se pode desconsiderar a incidência da “teoria da reserva do possível” como instrumento de ponderação, já que os direitos sociais a prestações possuem um custo e os recursos não são ilimitados; Para a autora, portanto, o primeiro limite à realização do direito à saúde é o financeiro, mormente quando há outros bens e direitos igualmente relevantes que o Estado deva garantir (pp. 76-77).

Ela discorre sobre tal teoria, que teve origem na Alemanha, em um paradigmático caso sobre o direito de acesso ao ensino superior, em que se entendeu estar condicionada à reserva do possível a efetivação dos direitos sociais acima do mínimo existencial; Assim, os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, estando esta, por sua vez, localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público (p. 78).

Transferindo tal noção para o Brasil, a autora entende ser possível a aplicação do limitador da reserva do possível de acordo com as necessidades e efetivação das políticas públicas, estando atendido o mínimo vital; Como exemplo, ela menciona que o Estado oferece administrativamente o medicamento “A” para uma doença cujo medicamento esteja sendo judicialmente demandado; portanto, ainda que o medicamento fornecido seja diverso do pleiteado (“B”), para ela, estaria atendido o mínimo vital; Assim não fosse, ela explica, fornecer outro medicamento criaria condições de desigualdade com o restante da população que tem acesso àquele

⁶ “Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante.” (texto utilizado para a instrução da audiência pública realizada no STF em 2009).

medicamento; O caminho adequado para ter acesso a medicamento diverso do fornecido seria, outrossim, o ingresso com uma ação coletiva para a substituição do medicamento fornecido pelo Estado, para que todos tivessem acesso a ele; Além disso, tais decisões judiciais têm “efeito multiplicador”, o que desequilibra o orçamento do direito social à saúde.

Ademais, Davies (2012, p. 82) estatui que, mesmo dispondo de recursos e tendo sobre eles, o poder de disposição, ainda assim não se pode falar em uma obrigação de prestar algo fora dos limites do razoável, o que depende, sempre, de um juízo de ponderação do legislador. Ela cita a dimensão tríplice da reserva do possível descrita por Sarlet: “a) *efetiva disponibilidade fática de recursos para a efetividade de dos direitos fundamentais sociais*; b) *disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos*; e c) *proporcionalidade da prestação*”, concluindo:

Atendendo-se a universalidade, igualdade e equidade, de acordo com as diretrizes da reserva do possível, está dentro das possibilidades do Estado a concessão do medicamento “A” e não o “B” [...] um equacionamento sistemático e constitucional adequado, para que no princípio da máxima efetividade e eficácia dos direitos fundamentais possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

A autora ressalta, na esteira dessas conclusões, que a reserva do possível abrange mais do que a simples disponibilidade de recursos financeiros, pois abarca o planejamento de toda a política pública voltada ao atendimento do direito e, por isso, ao se considerar um caso específico, deve-se ponderar o limite do razoável, mormente que tal escolha ingressa em uma seara não exclusivamente jurídica, mas primordialmente, política, pois tais políticas públicas de efetivação dos direitos sociais se manifestam na área administrativa, sob o crivo da discricionariedade dos atos administrativos. Para ela, o caráter programático mesclado de eficácia plena do direito social à saúde implica na necessidade de o administrador elaborar políticas públicas de atendimento e medidas concretizadoras para que a saúde seja universalmente justa. Nessa medida, ela aponta a possibilidade de interferência do Poder Judiciário no âmbito administrativo, justamente na fiscalização da observância das diretrizes normativas gerais das políticas públicas (quando existentes), atuando como ponto de equilíbrio entre a possibilidade de controle judicial das políticas públicas e a discricionariedade administrativa. Ela conclui:

[...] tão importante quanto reconhecer a escassez de recursos destinados à saúde é aplicá-los de maneira mais adequada, ou seja, eficiente e justa, observando a universalidade e a igualdade sempre à luz da equidade” (DAVIES, 2012, pp. 83-84).

Ao tratar da universalidade como um limitador por si só, a autora defende que a noção de que todos sejam, indistintamente, beneficiários da saúde pública, representa um limitador por si, pois, para atingir a todos, regras mínimas devem ser estabelecidas para evitar desigualdades e injustiças; Ela afirma: “[...] *até mesmo o que é universal tem limites*”. Para Davies (2012, p. 85), portanto, a universalidade deve ser, primeiramente, interpretada à luz do princípio da igualdade, o que justifica a inclusão de todos, sem distinção. Ademais, por ser um direito coletivo, ele deve despir-se do pensamento individualista, devendo ser viabilizado de uma forma acessível a todos; Ela afirma “[...] *somente a universalidade com igualdade pode gerar equidade*”. Assim, a universalidade e a integralidade devem ser justas e equânimes, de forma que a concessão de uma medida judicial deve analisar o objeto da demanda individual em conjunto com o direito social da saúde, as diretrizes do SUS e as políticas públicas em atuação.

Ela cita, por fim, as limitações da saúde pública no Direito Comparado, sendo que até mesmo nos EUA, Reino Unido, Alemanha e França, países desenvolvidos e com melhores condições financeiras em relação ao Brasil, há limitações quanto à integralidade do direito à saúde em vista da reserva do possível, ora quanto ao medicamento ora quanto ao tratamento. Ela conclui, nesse particular:

É preciso regras e diretrizes gerais, de caráter vinculante que atinjam todas as esferas de poder, pois o atendimento torna-se cada dia mais complexo e custoso para o Estado já que este deverá atender a todos, em caráter universal, de forma integral, à luz da equidade e, logicamente, tendo em conta a disponibilidade de seus recursos. (DAVIES, 2012, pp. 91-92).

No que tange ao tema da judicialização da saúde, Serrano (2012, p. 193) se mostra contrária à tendência atual de se restringir os direitos sociais pelo argumento da “reserva do possível”, pois, de acordo com ela, tal limitação implica na avaliação de outros elementos, tais como: a gestão pública do orçamento, as suas diretrizes (se obedecem ou não a realização dos valores constitucionais), o uso eficaz das receitas, a correta fiscalização dos

gastos, bem como a compatibilidade entre a previsão e a realização orçamentárias. Nesse sentido ela estatui:

[...] Não raro, os valores fundamentais são preteridos já na esfera do planejamento. Outras vezes, considerando que o orçamento tenha sido planejado de forma adequada e plausível, a focalização dos gastos se mostra distorcida e não alcança o resultado desejado. Além disso, é muito comum a ocorrência de disparidade entre o planejamento orçamentário e a realização concreta do mesmo, como também desvios de recursos e outras modalidades de emprego irregular de verbas públicas.

Ela conclui, dessa forma, que a falta de recursos para viabilizar o SUS não decorre da suposta infinidade de pleitos sociais, mas de causa diversa, tais como as apontadas, o que, por si só, afasta a possibilidade de aplicação da reserva do possível; Ademais, por ser a saúde um direito público subjetivo que deva ser estendido a todos de forma ampla, integral e imediata, resta ao Estado desenvolver políticas públicas para consagrar o SUS; Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem atuar de forma prospectiva, a fim de alcançar a plenitude do sistema o quanto antes, com assistência ampla a todo e qualquer cidadão, com o adequado e proporcional tratamento médico (p. 194).

Relativamente ao fenômeno da judicialização, Serrano (pp. 195-196) aponta duas vertentes: a que defende que ela desenvolve e aperfeiçoa o SUS, concretizando o sistema; e outra que vê na atuação demasiada do Judiciário uma ingerência na gestão administrativa do Executivo, representando, por isso, um elemento desestruturador do princípio da separação dos poderes e que coloca em risco a própria democracia. A autora se filia à primeira corrente, defendendo que o cidadão busca, através do Judiciário, a concretização do seu direito não verificado no caso concreto, como forma de salvaguardar a sua integridade física. Para ela, ao atuar na aplicação do direito ao caso concreto, vez que se trata de direito público subjetivo e que enseja aplicação imediata, não havendo, portanto, criação do direito ou atuação política do Judiciário, com invasão da esfera privativa do Executivo; Ela afirma, ao revés, que tal atuação se afiguraria ilegítima caso houvesse desvio de poder ou de finalidade, o que não ocorre, pois a sua atuação tem se mostrado imprescindível para resguardar tal direito, com a correta, razoável e proporcional ponderação dos valores fundantes da sociedade (pp. 200-202).

No que tange à integralidade, a autora entende, a para da integralidade preconizada pelo SUS, que o Judiciário deve reconhecer o direito à saúde em sua plenitude, concedendo a máxima eficácia a este direito fundamental, cuja responsabilidade deve ser solidária e conjunta da União, Estados, Municípios e DF. Para ela, o direito à saúde engloba o tratamento médico adequado e eficaz, como também os respectivos e imprescindíveis medicamentos, ainda que não constantes da listagem oficial, pois estas se afiguram como instrumento estratégico de organização e planejamento do sistema, prevendo apenas as necessidades básicas, as quais não abarcam todas as necessidades sociais, e, por isso, não podem ser adotadas de forma absoluta (p. 204). Ademais, especificamente quanto às ações judiciais para o fornecimento de medicamentos, a autora assevera que diversas delas versam sobre medicamentos previstos em tal listagem, os quais a gestão pública é incapaz de propiciar por falta de implementação de políticas minimamente eficazes; Para ela, não se almeja um sistema absolutamente perfeito e abrangente, mas, ao menos, uma gestão pública séria e preocupada em buscar a mínima eficácia no campo da saúde. Ela conclui:

A judicialização deve ser tratada, então, como verdadeiro exercício da democracia a assegurar um mínimo de dignidade, provocando o Executivo a oferecer uma gestão de políticas públicas de forma 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 e arbitrarias, mas condições mínimas de saúde, a evitar o próprio perecimento humano, com a ideia prospectiva de 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” (SERRANO, 2012, pp. 208-209).

Por fim, a autora relaciona alguns critérios a serem observados no caso concreto: a) Os medicamentos devem, em princípio, conter registro na ANVISA ou outro órgão de vigilância sanitária nacional, exceto se comprovada a intolerância à droga ou ainda, a adequação e indispensabilidade do medicamento importado e/ou não registrado; b) Os medicamentos devem ser concedidos pelo princípio ativo (genérico), desde que seja adequado e com resposta eficaz ao tratamento, cabendo ao Estado provar que o similar/genérico fornecido pelo SUS não terá comprometimento no efeito final terapêutico; c) O tratamento e a dispensação devem ser, a princípio, nacionais,

sendo resguardado, entretanto, o medicamento importado ou o tratamento fora do Brasil, desde que comprovada a sua necessidade e imprescindibilidade (p. 210).

Serrano (2012, p. 211) conclui utilizando-se da lição de Machado, afirmando que o Judiciário deve se orientar por uma “cidadania complexa”, tomando uma ação política que busca, no campo do direito, soluções para os conflitos sociais. Para a autora, a conduta do Judiciário busca provocar o Executivo para que este apresente uma política pública eficaz, com o intuito progressivo na área da saúde, bem como uma gestão neutra e eficiente do Estado desde o planejamento orçamentário (com a eleição das prioridades apontadas pela CF), até o correto direcionamento e focalização das receitas, além de uma fiscalização mais ativa por parte dos órgãos públicos ou da própria sociedade. Assim, a autora assevera que a atuação do Poder Judiciário na área da saúde tem contribuído ao aperfeiçoamento da atuação pública e ao engrandecimento da cidadania, tendo provocado o amplo debate na sociedade civil sobre o tema; Ademais, ela afirma que, após o fenômeno da judicialização, o sistema público vem apresentando melhor aperfeiçoamento da gestão; Portanto, ela concluiu que a judicialização não apenas permitiu a consagração do direito individual à integridade física, como também possibilitou o exercício e real aperfeiçoamento da democracia, conferindo verdadeira dignidade aos cidadãos, além de ter possibilitado uma melhora e aprimoramento do SUS (p. 214).

A conclusão da doutrina de Serrano (2012, p. 215) permite afiançar que os direitos sociais, direitos positivos em sua maioria, exigem a intervenção estatal para a sua realização, visando à redução das desigualdades sociais e da miséria, por meio dos serviços públicos. O direito social à saúde, previsto pela CF/88 garante a saúde por serviço público gratuito, com atendimento integral, igualitário e universal; tal direito afigura-se como direito público subjetivo, o qual pode ser deduzido em juízo caso não seja concretamente atendido. O Poder Judiciário é visto como instrumento para a concreta e efetiva realização dos direitos fundamentais sociais e econômicos, buscando uma melhor adequação da lei às transformações sociais; Ele atua, portanto, na interpretação do caso concreto, com a aplicação da lei. Ademais, a limitação orçamentária não pode impedir a aplicação de direitos fundamentais;

Assim, devem ser buscadas as causas da escassez dos recursos públicos, analisando se há um correto planejamento do orçamento público na realização dos desígnios constitucionais, além da existência de outros problemas, tais como a corrupção. A judicialização, para a autora, permite a consagração de direitos e melhora a eficiência na gestão pública, com a efetiva concretização das necessidades sociais e da dignidade humana (p. 220).

Davies (2012, p. 93), em remate às suas considerações, vale-se da lição de Werner para retratar os extremos com que a questão da saúde é tratada no Brasil: a) Como direito subjetivo público, em desconsideração com o aspecto social e com o projeto do SUS fixado pelo constituinte, regido pela universalidade e igualdade, o que gera privilégios e retira a força normativa da Constituição e das políticas públicas; b) Como projeto a ser implementado no futuro, sem eficácia ou com eficácia mínima: para ela não pode prevalecer esta corrente, pois a saúde é um direito público subjetivo, e positivo, podendo ser invocado no plano individual no caso de omissão estatal; c) Considerando-se a reserva do possível: a autora afirma que tal teoria não pode ser utilizada como argumento isolado e simplista, mas também não pode ser desconsiderada.

Para Davies (2012, pp. 95-97), não se pretende questionar o direito à saúde, mas a forma como ele deve ser viabilizado, pois, enquanto direito social, deve ser efetivado de forma coletiva e nos moldes do sistema estratificado e abrangente, para atender a todos de forma igualitária. Visando embasar suas conclusões, ela cita diversos números e percentuais extraídos de ações judiciais individuais pleiteando medicamentos, e conclui que, ao inobservar os regramentos e diretrizes do SUS, o Judiciário acaba beneficiando os mais ricos e instruídos, que têm acesso ao Judiciário, gerando, assim, mais desigualdades e aumentando a exclusão social; É o chamado por ela de “duplo sacrifício da equidade”, pois, além de desequilibrar o sistema público de saúde, os benefícios concedidos desfavorecem o hipossuficiente.

Ela sugere o estabelecimento de um diálogo entre os Poderes Executivo, Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, citando como exemplo o Sistema de Controle Jurídico (SCJ), na capital paulista, sendo que a elaboração de relatórios para instruir as demandas judiciais em saúde reduziu em 25% as demandas no ano de 2009 (em comparação ao ano anterior). A autora conclui:

Somente uma ação conjunta entre as diversas esferas de poder e com a devida interpretação nos moldes previstos pelo SUS, universal, integral e equânime, é que será garantido o real direito de uma saúde pública justa e não uma saúde pública iníqua a qualquer custo. (DAVIES, 2012, p. 106).

5.7 O DEVER DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

5.7.1 O Papel do Poder Executivo

Nas lições de AITH (2008, p. 82), incumbe ao Poder Executivo a elaboração e execução de políticas de saúde.

No que tange à divisão das competências federativas no âmbito do SUS, as competências materiais do Estado, também conhecidas por deveres públicos, são comuns à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Já a divisão das atribuições que cada um deles tem está prevista nas portarias nº 2.203/1996, nº 373/2002 e nº 399/2006, todas do Ministério da Saúde.

5.7.2.1 Portaria nº 2.203/1996 do Ministério da Saúde: NOB

As Normas Operacionais Básicas do SUS (NOB), a partir da avaliação do estágio de implantação e desempenho do SUS, voltam-se à definição de estratégias e movimentos táticos que orientam a sua operacionalidade. Tais normas têm por finalidade promover e consolidar o pleno exercício da função do gestor da atenção à saúde nos Municípios, redefinindo as responsabilidades dos Estados, Distrito Federal e da União; Elas buscam a plena responsabilidade do poder público municipal, não apenas pela prestação dos serviços de saúde, como também pela gestão do sistema de saúde, de forma a aperfeiçoar a própria organização do sistema, pois o Município passa a ser o responsável imediato pelo atendimento do Sistema e

pelas demandas de saúde do seu povo e das exigências de intervenções saneadoras em seu território. Ao tempo em que aperfeiçoa a gestão do SUS, esta NOB aponta para uma reordenação do modelo de atenção à saúde, na medida em que redefine:

- a) os papéis de cada esfera de governo e, em especial, no tocante à direção única;
- b) os instrumentos gerenciais para que municípios e estados superem o papel exclusivo de prestadores de serviços e assumam seus respectivos papéis de gestores do SUS;
- c) os mecanismos e fluxos de financiamento, reduzindo progressiva e continuamente a remuneração por produção de serviços e ampliando as transferências de caráter global, fundo a fundo, com base em programações ascendentes, pactuadas e integradas;
- d) a prática do acompanhamento, controle e avaliação no SUS, superando os mecanismos tradicionais, centrados no faturamento de serviços produzidos, e valorizando os resultados advindos de programações com critérios epidemiológicos e desempenho com qualidade;
- e) os vínculos dos serviços com os seus usuários, privilegiando os núcleos familiares e comunitários, criando, assim, condições para uma efetiva participação e controle social.

A NOB 01/96 reparte a saúde em três campos, conforme a divisão referente aos níveis de atenção à saúde (promoção, prevenção e recuperação):

- 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;
- 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.

A gestão do sistema de saúde municipal, conceituada como a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde, mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria, é de competência exclusiva desta esfera do poder público; Por outro lado, a gerência é conceituada como sendo a administração de uma unidade ou órgão de saúde prestador de serviços ao sistema.

Ademais, a NOB define:

- a) os papéis de cada esfera de governo e, em especial, no tocante à direção única;
- b) os instrumentos gerenciais para que municípios e estados superem o papel exclusivo de prestadores de serviços e assumam seus respectivos papéis de gestores do SUS;
- c) os mecanismos e fluxos de financiamento, reduzindo progressiva e continuamente a remuneração por produção de serviços e ampliando as transferências de caráter global, fundo a fundo, com base em programações ascendentes, pactuadas e integradas;
- d) a prática do acompanhamento, controle e avaliação no SUS, superando os mecanismos tradicionais, centrados no faturamento de serviços produzidos, e valorizando os resultados advindos de programações com critérios epidemiológicos e desempenho com qualidade;
- e) os vínculos dos serviços com os seus usuários, privilegiando os núcleos familiares e comunitários, criando, assim, condições para uma efetiva participação e controle social.

Dessa forma, definindo-se, principalmente, os papéis dos gestores nos âmbitos federal, estadual e municipal, desenha-se mais claramente o campo de atuação de cada um desses entes.

Aith (2008, pp. 91-92) assim expressa os deveres de cada um deles: a) Municípios: realizar ou prestar diretamente (ou por terceiros conveniados ou contratados), a maior parte das ações e serviços públicos de saúde; b) Estados: exercer o papel de gestor estadual, promover as condições e incentivar os municípios a serem gestores da atenção à saúde no Município; assumir temporariamente a gestão nos municípios que não o fizerem, e promover a harmonização, a integração e a modernização dos sistemas municipais; c) União: exercer a gestão do SUS nacionalmente, promover as condições e incentivar o gestor estadual com vistas ao desenvolvimento dos sistemas municipais para formar o SUS estadual, fomentar a harmonização/integração e modernização dos sistemas estaduais para compor o SUS nacional, e exercer as funções de normatização e coordenação quanto à gestão nacional do SUS.

O autor cita, ainda, a forma de articulação entre os níveis do sistema do SUS, criada pela NOB, que se dá por meio da Comissão Intergestores Tripartite (CIT), da qual fazem parte o Ministério da Saúde (MS), o Conselho Nacional das Secretarias Estaduais de Saúde (CONASS) e pelo Conselho nacional das Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS), e, também, através da Comissão Intergestores Bipartite (CIB), integrada pelas

Secretarias Estaduais de Saúde (SES) e pelo Conselho das Secretarias Municipais de Saúde (p. 92).

No que diz respeito aos campos de atenção à saúde⁷, tanto as ações de política setorial em saúde quanto as ações administrativas de planejamento, comando e controle integram as atividades desenvolvidas na assistência e nas intervenções ambientais, estando enquadrados os três níveis de atenção à saúde: promoção, proteção e recuperação.

As ações e serviços de atenção à saúde no SUS devem ser desenvolvidas em um conjunto de estabelecimentos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada, e disciplinados de acordo com subsistemas municipais, de forma que atendam integralmente sua própria população. Tais estabelecimentos podem ou não ser de propriedade da prefeitura, podendo suas ações ser desenvolvidas por unidades estatais (próprias, estaduais ou federais) ou privadas (contratadas ou conveniadas, com prioridade para as entidades filantrópicas), desde que organizadas e coordenadas pelo gestor municipal, o qual deve garantir à população o acesso aos serviços e a disponibilidade das ações e dos meios para o atendimento integral, ou seja, a gestão do sistema municipal é, necessariamente, da competência do poder público e exclusiva desta esfera de governo.

Nesta NOB gerência é conceituada como sendo a administração de uma unidade ou órgão de saúde (ambulatório, hospital, instituto, fundação etc.), que se caracteriza como prestador de serviços ao Sistema; Já a gestão é a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria.

⁷ “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; 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”.

O poder público estadual tem como uma de suas responsabilidades nucleares a mediação entre os sistemas municipais e o poder público federal, entre os sistemas estaduais, além das tarefas de harmonização, de integração e de modernização dos sistemas municipais, realizadas com a devida equidade (admitido o princípio da discriminação positiva, no sentido da busca da justiça, quando do exercício do papel redistributivo); Ao federal, incumbe promovê-las entre as Unidades da Federação. Outrossim, o Estado responde, provisoriamente, pela gestão dos serviços necessários ao atendimento integral da população enquanto o município não assumir a gestão do sistema municipal.

Relativamente às instâncias de negociação entre os gestores, é o teor da NOB:

As instâncias básicas para a viabilização desses propósitos integradores e harmonizadores são os fóruns de negociação, integrados pelos gestores municipal, estadual e federal – a Comissão Intergestores Tripartite (CIT) – e pelos gestores estadual e municipal – a Comissão Intergestores Bipartite (CIB). Por meio dessas instâncias e dos Conselhos de Saúde, são viabilizados os princípios de unicidade e de equidade. Nas CIB e CIT são apreciadas as composições dos sistemas municipais de saúde, bem assim pactuadas as programações entre gestores e integradas entre as esferas de governo. Da mesma forma, são pactuados os tetos financeiros possíveis – dentro das disponibilidades orçamentárias conjunturais – oriundos dos recursos das três esferas de governo, capazes de viabilizar a atenção às necessidades assistenciais e às exigências ambientais. O pacto e a integração das programações constituem, fundamentalmente, a consequência prática da relação entre os gestores do SUS.

As relações entre os sistemas municipais de saúde, os quais apresentam diferentes níveis de complexidade, devem considerar que a gerência (comando) dos estabelecimentos ou órgãos de saúde de um município é da pessoa jurídica que opera o serviço; Assim, a relação desse gerente deve ocorrer somente com o gestor do município onde o seu estabelecimento está sediado e ele é responsável pelo controle, pela avaliação e pela auditoria dos prestadores de serviços de saúde (estatais ou privados) situados em seu município. A orçamentação é feita com base na programação pactuada e integrada entre gestores, que, conforme já referido, é mediada pelo estado e aprovada na CIB regional e estadual e no respectivo Conselho de Saúde. Tais mecanismos conferem um caráter dinâmico e permanente ao

processo de negociação da programação integrada, em particular quanto à referência intermunicipal.

São identificados quatro papéis básicos para o estado: O primeiro é exercer a gestão do SUS, no âmbito estadual; O segundo papel é promover as condições e incentivar o poder municipal para que assuma a gestão da atenção a saúde de seus munícipes, sempre na perspectiva da atenção integral; O terceiro é assumir, em caráter transitório, a gestão da atenção à saúde daquelas populações pertencentes a municípios que ainda não tomaram para si esta responsabilidade; E o quarto, é promover a harmonização, a integração e a modernização dos sistemas municipais.

O exercício desse papel pelo gestor requer a configuração de sistemas de apoio logístico e de atuação estratégica que envolvem responsabilidades nas três esferas de governo e são sumariamente caracterizados como de: a) informação informatizada; b) financiamento; c) programação, acompanhamento, controle e avaliação; d) apropriação de custos e avaliação econômica; e) desenvolvimento de recursos humanos; f) desenvolvimento e apropriação de ciência e tecnologias; e g) comunicação social e educação em saúde.

O desenvolvimento desses sistemas, no âmbito estadual, depende do pleno funcionamento do CES e da CIB, nos quais se viabilizam a negociação e o pacto com os diversos atores envolvidos, bem como da ratificação das programações e decisões relativas aos tópicos a seguir especificados:

- a) plano estadual de saúde, contendo as estratégias, as prioridades e as respectivas metas de ações e serviços resultantes, sobretudo, da integração das programações dos sistemas municipais;
- b) estruturação e operacionalização do componente estadual do Sistema Nacional de Auditoria;
- c) estruturação e operacionalização dos sistemas de processamento de dados, de informação epidemiológica, de produção de serviços e de insumos críticos;
- d) estruturação e operacionalização dos sistemas de vigilância epidemiológica, de vigilância sanitária e de vigilância alimentar e nutricional;
- e) estruturação e operacionalização dos sistemas de recursos humanos e de ciência e tecnologia;
- f) elaboração do componente estadual de programações de abrangência nacional, relativas a agravos que constituam riscos de disseminação para além do seu limite territorial;
- g) elaboração do componente estadual da rede de laboratórios de saúde pública;

- h) estruturação e operacionalização do componente estadual de assistência farmacêutica;
- i) responsabilidade estadual no tocante à prestação de serviços ambulatoriais e hospitalares de alto custo, ao tratamento fora do domicílio e à disponibilidade de medicamentos e insumos especiais, sem prejuízo das competências dos sistemas municipais;
- j) definição e operação das políticas de sangue e hemoderivados; e
- k) manutenção de quadros técnicos permanentes e compatíveis com o exercício do papel de gestor estadual;
- l) implementação de mecanismos visando a integração das políticas e das ações de relevância para a saúde da população, de que são exemplos aquelas relativas a saneamento, recursos hídricos, habitação e meio ambiente.

No que respeita ao gestor federal, são identificados quatro papéis básicos, quais sejam: a) exercer a gestão do SUS, no âmbito nacional; b) promover as condições e incentivar o gestor estadual com vistas ao desenvolvimento dos sistemas municipais, de modo a conformar o SUS-Estadual; c) fomentar a harmonização, a integração e a modernização dos sistemas estaduais compondo, assim, o SUS-Nacional; e d) exercer as funções de normalização e de coordenação no que se refere à gestão nacional do SUS.

O desenvolvimento desses sistemas depende, igualmente, da viabilização de negociações com os diversos atores envolvidos e da ratificação das programações e decisões, o que ocorre mediante o pleno funcionamento do Conselho Nacional de Saúde (CNS) e da CIT. Depende, também, do redimensionamento da direção nacional do Sistema, tanto em termos da estrutura, quanto de agilidade e de integração, como no que se refere às estratégias, aos mecanismos e aos instrumentos de articulação com os demais níveis de gestão, destacando-se:

- a) a elaboração do Plano Nacional de Saúde, contendo as estratégias, as prioridades nacionais e as metas da programação integrada nacional, resultante, sobretudo, das programações estaduais e dos demais órgãos governamentais, que atuam na prestação de serviços, no setor saúde;
- b) a viabilização de processo permanente de articulação das políticas externas ao setor, em especial com os órgãos que detêm, no seu conjunto de atribuições, a responsabilidade por ações atinentes aos determinantes sociais do processo saúde-doença das coletividades;
- c) o aperfeiçoamento das normas consubstanciadas em diferentes instrumentos legais, que regulamentam, atualmente, as transferências automáticas de recursos financeiros, bem como as modalidades de prestação de contas;
- d) a definição e a explicitação dos fluxos financeiros próprios do SUS, frente aos órgãos governamentais de controle interno e externo e aos Conselhos de Saúde, com ênfase na diferenciação entre as transferências automáticas a estados e municípios com função gestora;

- e) a criação e a consolidação de critérios e mecanismos de alocação de recursos federais e estaduais para investimento, fundados em prioridades definidas pelas programações e pelas estratégias das políticas de reorientação do Sistema;
- f) a transformação nos mecanismos de financiamento federal das ações, com o respectivo desenvolvimento de novas formas de informatização, compatíveis à natureza dos grupos de ações, especialmente as básicas, de serviços complementares e de procedimentos de alta e média complexidade, estimulando o uso dos mesmos pelos gestores estaduais e municipais;
- g) o desenvolvimento de sistemáticas de transferência de recursos vinculada ao fornecimento regular, oportuno e suficiente de informações específicas, e que agreguem o conjunto de ações e serviços de atenção à saúde, relativo a grupos prioritários de eventos vitais ou nosológicos;
- h) a adoção, como referência mínima, das tabelas nacionais de valores do SUS, bem assim a flexibilização do seu uso diferenciado pelos gestores estaduais e municipais, segundo prioridades locais e ou regionais;
- i) o incentivo aos gestores estadual e municipal ao pleno exercício das funções de controle, avaliação e auditoria, mediante o desenvolvimento e a implementação de instrumentos operacionais, para o uso das esferas gestoras e para a construção efetiva do Sistema Nacional de Auditoria;
- j) o desenvolvimento de atividades de educação e de comunicação social;
- k) o incremento da capacidade reguladora da direção nacional do SUS, em relação aos sistemas complementares de prestação de serviços ambulatoriais e hospitalares de alto custo, de tratamento fora do domicílio, bem assim de disponibilidade de medicamentos e insumos especiais;
- l) a reorientação e a implementação dos sistemas de vigilância epidemiológica, de vigilância sanitária, de vigilância alimentar e nutricional, bem como o redimensionamento das atividades relativas à saúde do trabalhador e às de execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;
- m) a reorientação e a implementação dos diversos sistemas de informações epidemiológicas, bem assim de produção de serviços e de insumos críticos;
- n) a reorientação e a implementação do sistema de redes de laboratórios de referência para o controle da qualidade, para a vigilância sanitária e para a vigilância epidemiológica;
- o) a reorientação e a implementação da política nacional de assistência farmacêutica;
- p) o apoio e a cooperação a estados e municípios para a implementação de ações voltadas ao controle de agravos, que constituam risco de disseminação nacional;
- q) a promoção da atenção à saúde das populações indígenas, realizando, para tanto, as articulações necessárias, intra e intersetorial;
- r) a elaboração de programação nacional, pactuada com os estados, relativa à execução de ações específicas voltadas ao controle de vetores responsáveis pela transmissão de doenças, que constituem risco de disseminação regional ou nacional, e que exijam a eventual intervenção do poder federal;
- s) a identificação dos serviços estaduais e municipais de referência nacional, com vistas ao estabelecimento dos padrões técnicos da assistência à saúde;
- t) a estimulação, a indução e a coordenação do desenvolvimento científico e tecnológico no campo da saúde, mediante interlocução

crítica das inovações científicas e tecnológicas, por meio da articulação intra e intersetorial;
 u) a participação na formulação da política e na execução das ações de saneamento básico.

Relativamente à direção e articulação do SUS, elas se dão pelo órgão setorial do poder executivo e pelo respectivo conselho de saúde, sendo que os gestores se articulam em dois órgãos colegiados de negociação: a CIB e a CIT. A primeira é composta pela SES e pelo COSEMS; A segunda pelo MS, pelo CONASS e pelo CONAMES. As conclusões das negociações pactuadas na CIT e na CIB são formalizadas em ato próprio do gestor respectivo.

No que tange às bases para um novo modelo de atenção à saúde, pode-se afirmar que o modelo harmônico, integrado e harmonizado do SUS visa atingir dois propósitos: a) a consolidação de vínculos entre diferentes segmentos sociais e o SUS; e b) a criação de condições elementares e fundamentais para a eficiência e a eficácia gerenciais, com qualidade. No primeiro caso, a formulação de sistemas municipais permite caracterizar o gestor responsável, sendo as atividades gerenciadas por pessoas facilmente identificadas e, portanto, é mais fácil que os resultados sejam usufruídos pela população. Por outro lado, a identificação dos elementos necessários à gestão eficiente e produção eficaz (clientela, estabelecimentos prestadores e orçamento participativo), faz com que seja possível alcançar o segundo objetivo.

Quanto à incorporação de tecnologias no âmbito do SUS, a norma é explícita:

A ameaça da ocorrência de gastos exagerados, em decorrência de um processo de incorporação tecnológica acrítico e desregulado, é um risco que pode ser minimizado pela radicalização na reorganização do SUS: um Sistema regido pelo interesse público e balizado, por um lado, pela exigência da universalização e integralidade com equidade e, por outro, pela própria limitação de recursos, que deve ser programaticamente respeitada.

Com a NOB 01/96, passou-se a um novo modelo de atenção, com enfoque epidemiológico – e não mais assentado na lógica da clínica, o qual passou a incorporar a pessoa, o meio ambiente e os comportamentos interpessoais como objeto das ações. Ademais, também passaram a ser adotadas novas tecnologias, inclusive os processos de educação e

comunicação social e a ética do coletivo é incorporada, transcendendo a lógica do individual, de forma que a pessoa passe a ser agente de sua própria saúde e da saúde da comunidade em que vive.

O financiamento das ações e serviços de saúde é objeto desta NOB, que dispõe: *“O financiamento do SUS é de responsabilidade das três esferas de governo e cada uma deve assegurar o aporte regular de recursos, ao respectivo fundo de saúde”*. Além das receitas previstas de tributos (por exemplo, a COFINS), as transferências intergovernamentais (da União para os Estados, e desses para os Municípios); No entanto, tais recursos devem ser previstos no orçamento e identificados nos fundos de saúde como receita operacional proveniente da esfera federal e estadual, tendo sido utilizados na execução das ações previstas nos planos de saúde e na PPI (Programação Pactuada e Integrada). Além disso, As transferências, regulares ou eventuais, da União para estados, municípios e Distrito Federal estão condicionadas à contrapartida destes níveis de governo, em conformidade com as normas legais vigentes (Lei de Diretrizes Orçamentárias e outras).

Os recursos de custeio da esfera federal, destinados às ações e serviços de saúde, configuram o Teto Financeiro Global (TFG), cujo valor, para cada estado e cada município, é definido com base na PPI. O Teto Financeiro Global do Estado (TFGE) é constituído, para efeito desta NOB, pela soma dos Tetos Financeiros da Assistência (TFA), da Vigilância Sanitária (TFVS) e da Epidemiologia e Controle de Doenças (TFECD). O Teto Financeiro Global do Município (TFGM), também definido consoante à programação integrada, é submetido pela SMS à SES, após aprovação pelo CMS.

A programação, controle, avaliação e auditoria na área da saúde ocorrem através de alguns instrumentos, entre eles a PPI – Programação Pactuada Integrada:

A PPI envolve as atividades de assistência ambulatorial e hospitalar, de vigilância sanitária e de epidemiologia e controle de doenças, constituindo um instrumento essencial de reorganização do modelo de atenção e da gestão do SUS, de alocação dos recursos e de explicitação do pacto estabelecido entre as três esferas de governo. Essa Programação traduz as responsabilidades de cada município com a garantia de acesso da população aos serviços de saúde, quer pela oferta existente no próprio município, quer pelo encaminhamento a outros municípios, sempre por intermédio de relações entre gestores municipais, mediadas pelo gestor estadual.
[...]

A elaboração da PPI deve se dar num processo ascendente, de base municipal, configurando, também, as responsabilidades do estado na busca crescente da equidade, da qualidade da atenção e na conformação da rede regionalizada e hierarquizada de serviços.

A Programação observa os princípios da integralidade das ações de saúde e da direção única em cada nível de governo, traduzindo todo o conjunto de atividades relacionadas a uma população específica e desenvolvidas num território determinado, independente da vinculação institucional do órgão responsável pela execução destas atividades.

Paralelamente a tais PPI's, o cadastro de unidades prestadoras de serviços de saúde (UPS) é essencial para a contratação de serviços assistenciais e para a realização do controle da regularidade dos faturamentos.

Além disso, os bancos de dados nacionais constituem instrumentos essenciais ao exercício das funções de controle, avaliação e auditoria.

Quanto à auditoria analítica e operacional, gestão e controle, a NOB é expressa:

As ações de auditoria analítica e operacional constituem responsabilidades das três esferas gestoras do SUS, o que exige a estruturação do respectivo órgão de controle, avaliação e auditoria, incluindo a definição dos recursos e da metodologia adequada de trabalho. É função desse órgão definir, também, instrumentos para a realização das atividades, consolidar as informações necessárias, analisar os resultados obtidos em decorrência de suas ações, propor medidas corretivas e interagir com outras áreas da administração, visando o pleno exercício, pelo gestor, de suas atribuições, de acordo com a legislação que regulamenta o Sistema Nacional de Auditoria no âmbito do SUS.

[...]

As ações de controle devem priorizar os procedimentos técnicos e administrativos prévios à realização de serviços e à ordenação dos respectivos pagamentos, com ênfase na garantia da autorização de internações e procedimentos ambulatoriais – tendo como critério fundamental a necessidade dos usuários – e o rigoroso monitoramento da regularidade e da fidedignidade dos registros de produção e faturamento de serviços.

[...]

O exercício da função gestora no SUS, em todos os níveis de governo, exige a articulação permanente das ações de programação, controle, avaliação e auditoria; a integração operacional das unidades organizacionais, que desempenham estas atividades, no âmbito de cada órgão gestor do Sistema; e a apropriação dos seus resultados

Relativamente ao custeio da assistência hospitalar e ambulatorial, de acordo com a NOB, os recursos de custeio da esfera federal destinados à assistência hospitalar e ambulatorial configuram o TFA, e os seus

valores podem ser executados segundo duas modalidades: *Transferência Regular e Automática*, também chamada “Fundo a Fundo”, que consiste na transferência de valores diretamente do Fundo Nacional de Saúde aos fundos estaduais e municipais, independente de convênio ou instrumento congênere, e *Remuneração por Serviços Produzidos*, a qual consiste no pagamento direto aos prestadores estatais ou privados contratados e conveniados, contra apresentação de faturas, referente a serviços realizados conforme programação e mediante prévia autorização do gestor, segundo valores fixados em tabelas editadas pelo órgão competente do Ministério da Saúde.

No primeiro caso podem ser: A Fração Assistencial Especializada (FAE) é um montante que corresponde a procedimentos ambulatoriais de média complexidade, medicamentos e insumos excepcionais, órteses e próteses ambulatoriais e Tratamento Fora do Domicílio (TFD), sob gestão do estado; O Teto Financeiro da Assistência do Município (TFAM) é um montante que corresponde ao financiamento do conjunto das ações assistenciais assumidas pela SMS; O Teto Financeiro da Assistência do Estado (TFAE) é um montante que corresponde ao financiamento do conjunto das ações assistenciais sob a responsabilidade da SES; O Índice de Valorização de Resultados (IVR) Consiste na atribuição de valores adicionais equivalentes a até 2% do teto financeiro da assistência do estado, transferidos, regular e automaticamente, do Fundo Nacional ao Fundo Estadual de Saúde, como incentivo à obtenção de resultados de impacto positivo sobre as condições de saúde da população. Já no segundo: Remuneração de Internações Hospitalares: Consiste no pagamento dos valores apurados por intermédio do Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS), englobando o conjunto de procedimentos realizados em regime de internação, com base na Autorização de Internação Hospitalar (AIH); Remuneração de Procedimentos Ambulatoriais de Alto Custo/ Complexidade Consiste no pagamento dos valores apurados por intermédio do SIA/SUS, com base na Autorização de Procedimentos de Alto Custo (APAC); Remuneração Transitória por Serviços Produzidos: O MS é responsável pela remuneração direta, por serviços produzidos, dos procedimentos relacionados ao PAB e à FAE; Por fim, a NOB trata dos Fatores de Incentivo e Índices de Valorização:

O Fator de Incentivo ao Desenvolvimento do Ensino e da Pesquisa em Saúde (FIDEPS) e o Índice de Valorização Hospitalar de Emergência (IVH-E), bem como outros fatores e ou índices que incidam sobre a remuneração por produção de serviços, eventualmente estabelecidos, estão condicionados aos critérios definidos em nível federal e à avaliação da CIB em cada Estado. Esses fatores e índices integram o teto financeiro da assistência do município e do respectivo estado.

O custeio das ações de vigilância sanitária também seguem a mesma lógica, sendo que a *Transferência Regular e Automática Fundo a Fundo* ocorre por meio do IVISA – Índice de Valorização do Impacto em Vigilância Sanitária (atribuição de valores adicionais equivalentes a até 2% do teto financeiro da vigilância sanitária do estado) e a *Remuneração Transitória por Serviços Produzidos* engloba o PDAVS – Programa Desconcentrado de Ações de Vigilância Sanitária (pagamento direto às SES e SMS, pela prestação de serviços relacionados às ações de competência exclusiva da SVS/MS, contra a apresentação de demonstrativo de atividades realizadas pela SES ao Ministério) e no pagamento direto às SES e às SMS, pela execução de ações de média e alta complexidade de competência estadual e municipal contra a apresentação de demonstrativo de atividades realizadas ao MS.

Já o custeio das ações de epidemiologia e de controle de doenças se dá por meio do Teto Financeiro de Epidemiologia e Controle de Doenças (TFECD), que representa os recursos da esfera federal destinados às ações de epidemiologia e controle de doenças não contidas no elenco de procedimentos do SIA/SUS e SIH/SUS. O valor desse Teto para cada estado é definido em negociação na CIT, com base na PPI, a partir das informações fornecidas pelo Comitê Interinstitucional de Epidemiologia.

Há, ainda, transferências automáticas e regulares fundo a fundo, e a remuneração por serviços produzidos, além da transferência por convênio para: a) estímulo às atividades de epidemiologia e controle de doenças; b) custeio de operações especiais em epidemiologia e controle de doenças; c) financiamento de projetos de cooperação técnico-científica na área de epidemiologia e controle de doenças, quando encaminhados pela CIB.

O principal segmento da NOB é aquele que trata das condições de gestão do município, e que atribui responsabilidades ao gestor municipal, estabelece requisitos para a gestão e as prerrogativas que favoreçam o seu

desempenho. Nessa perspectiva, são habilitadas duas modalidades: a) *Gestão plena da atenção básica*; e b) *Gestão plena do sistema municipal*. No primeiro caso são estatuídas as seguintes responsabilidades:

- a) Elaboração de programação municipal dos serviços básicos, inclusive domiciliares e comunitários, e da proposta de referência ambulatorial especializada e hospitalar para seus munícipes, com incorporação negociada à programação estadual.
- b) Gerência de unidades ambulatoriais próprias.
- c) Gerência de unidades ambulatoriais do estado ou da União, salvo se a CIB ou a CIT definir outra divisão de responsabilidades.
- d) Reorganização das unidades sob gestão pública (estatais, conveniadas e contratadas), introduzindo a prática do cadastramento nacional dos usuários do SUS, com vistas à vinculação de clientela e à sistematização da oferta dos serviços.
- e) Prestação dos serviços relacionados aos procedimentos cobertos pelo PAB e acompanhamento, no caso de referência interna ou externa ao município, dos demais serviços prestados aos seus munícipes, conforme a PPI, mediado pela relação gestor gestor com a SES e as demais SMS.
- f) Contratação, controle, auditoria e pagamento aos prestadores dos serviços contidos no PAB.
- g) Operação do SIA/SUS quanto a serviços cobertos pelo PAB, conforme normas do MS, e alimentação, junto à SES, dos bancos de dados de interesse nacional.
- h) Autorização, desde que não haja definição em contrário da CIB, das internações hospitalares e dos procedimentos ambulatoriais especializados, realizados no município, que continuam sendo pagos por produção de serviços.
- i) Manutenção do cadastro atualizado das unidades assistenciais sob sua gestão, segundo normas do MS.
- j) Avaliação permanente do impacto das ações do Sistema sobre as condições de saúde dos seus munícipes e sobre o seu meio ambiente.
- k) Execução das ações básicas de vigilância sanitária, incluídas no PBVS.
- l) Execução das ações básicas de epidemiologia, de controle de doenças e de ocorrências mórbidas, decorrentes de causas externas, como acidentes, violências e outras, incluídas no TFECD.
- m) Elaboração do relatório anual de gestão e aprovação pelo CMS.

Já no segundo:

- a) Elaboração de toda a programação municipal, contendo, inclusive, a referência ambulatorial especializada e hospitalar, com incorporação negociada à programação estadual.
- b) Gerência de unidades próprias, ambulatoriais e hospitalares, inclusive as de referência.
- c) Gerência de unidades ambulatoriais e hospitalares do estado e da União, salvo se a CIB ou a CIT definir outra divisão de responsabilidades.
- d) Reorganização das unidades sob gestão pública (estatais, conveniadas e contratadas), introduzindo a prática do cadastramento nacional dos usuários do SUS, com vistas à vinculação da clientela e sistematização da oferta dos serviços.
- e) Garantia da prestação de serviços em seu território, inclusive os serviços de referência aos não-residentes, no caso de referência interna ou externa ao município, dos demais serviços prestados aos seus munícipes, conforme a PPI, mediado pela relação gestor gestor

com a SES e as demais SMS.

f) Normalização e operação de centrais de controle de procedimentos ambulatoriais e hospitalares relativos à assistência aos seus municípios e à referência intermunicipal.

g) Contratação, controle, auditoria e pagamento aos prestadores de serviços ambulatoriais e hospitalares, cobertos pelo TFGM.

h) Administração da oferta de procedimentos ambulatoriais de alto custo e procedimentos hospitalares de alta complexidade conforme a PPI e segundo normas federais e estaduais.

i) Operação do SIH e do SIA/SUS, conforme normas do MS, e alimentação, junto às SES, dos bancos de dados de interesse nacional.

j) Manutenção do cadastro atualizado de unidades assistenciais sob sua gestão, segundo normas do MS.

k) Avaliação permanente do impacto das ações do Sistema sobre as condições de saúde dos seus municípios e sobre o meio ambiente.

l) Execução das ações básicas, de média e alta complexidade em vigilância sanitária, bem como, opcionalmente, as ações do PDAVS.

m) Execução de ações de epidemiologia, de controle de doenças e de ocorrências mórbidas, decorrentes de causas externas, como acidentes, violências e outras incluídas no TFECD.

Em se tratando das condições de gestão do Estado, esta também pode ser de dois tipos: a) *Gestão avançada do sistema estadual*; e b) *Gestão plena do sistema estadual*. Em ambos os casos, são comuns a ambas as seguintes responsabilidades:

a) Elaboração da PPI do estado, contendo a referência intermunicipal e coordenação da negociação na CIB para alocação dos recursos, conforme expresso na programação.

b) Elaboração e execução do Plano Estadual de Prioridades de Investimentos, negociado na CIB e aprovado pelo CES.

c) Gerência de unidades estatais da hemorrede e de laboratórios de referência para controle de qualidade, para vigilância sanitária e para a vigilância epidemiológica.

d) Formulação e execução da política de sangue e hemoterapia.

e) Organização de sistemas de referência, bem como a normalização e operação de câmara de compensação de AIH, procedimentos especializados e de alto custo e ou alta complexidade.

f) Formulação e execução da política estadual de assistência farmacêutica, em articulação com o MS.

g) Normalização complementar de mecanismos e instrumentos de administração da oferta e controle da prestação de serviços ambulatoriais, hospitalares, de alto custo, do tratamento fora do domicílio e dos medicamentos e insumos especiais.

h) Manutenção do cadastro atualizado de unidades assistenciais sob sua gestão, segundo normas do MS.

i) Cooperação técnica e financeira com o conjunto de municípios, objetivando a consolidação do processo de descentralização, a organização da rede regionalizada e hierarquizada de serviços, a realização de ações de epidemiologia, de controle de doenças, de vigilância sanitária, bem assim o pleno exercício das funções gestoras de planejamento, controle, avaliação e auditoria.

j) Implementação de políticas de integração das ações de saneamento às de saúde.

k) Coordenação das atividades de vigilância epidemiológica e de controle de doenças e execução complementar conforme previsto na Lei nº 8.080/90.

- l) Execução de operações complexas voltadas ao controle de doenças que possam se beneficiar da economia de escala.
- m) Coordenação das atividades de vigilância sanitária e execução complementar conforme previsto na Lei nº 8.080/90.
- n) Execução das ações básicas de vigilância sanitária referente aos municípios não habilitados nesta NOB.
- o) Execução das ações de média e alta complexidade de vigilância sanitária, exceto as realizadas pelos municípios habilitados na condição de gestão plena de sistema municipal.
- p) Execução do PDAVS nos termos definidos pela SVS/MS.
- q) Apoio logístico e estratégico às atividades à atenção à saúde das populações indígenas, na conformidade de critérios estabelecidos pela CIT.

Outrossim, a gestão avançada e a gestão plena tem as seguintes responsabilidades específicas, respectivamente:

Gestão avançada:

- a) Contratação, controle, auditoria e pagamento do conjunto dos serviços, sob gestão estadual, contidos na FAE;
- b) Contratação, controle, auditoria e pagamento dos prestadores de serviços incluídos no PAB dos municípios não habilitados;
- c) Ordenação do pagamento dos demais serviços hospitalares e ambulatoriais, sob gestão estadual;
- d) Operação do SIA/SUS, conforme normas do MS, e alimentação dos bancos de dados de interesse nacional.

Gestão plena:

- a) Contratação, controle, auditoria e pagamento aos prestadores do conjunto dos serviços sob gestão estadual, conforme definição da CIB.
- b) Operação do SIA/SUS e do SIH/SUS, conforme normas do MS, e alimentação dos bancos de dados de interesse nacional.

5.7.2.2 A portaria nº 373/2002 do Ministério da Saúde: NOAS

A NOAS, Norma Operacional da Assistência à Saúde, trata, no capítulo I, da regionalização dos serviços de saúde, de forma a “*estabelecer o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e de busca de maior equidade*”. No capítulo II, dispõe acerca do fortalecimento da capacidade de gestão no SUS e no III trata dos critérios de habilitação e desabilitação de Municípios e Estados.

Ao constituir o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e em busca de maior equidade, estabelece:

O processo de regionalização deverá contemplar uma lógica de planejamento integrado, compreendendo as noções de territorialidade, na identificação de prioridades de intervenção e de conformação de sistemas funcionais de saúde, não necessariamente restritos à abrangência municipal, mas respeitando seus limites como unidade indivisível, de forma a garantir o acesso dos cidadãos a todas as ações e serviços necessários para a resolução de seus problemas de saúde, otimizando os recursos disponíveis.

Assim, institui o Plano Diretor de Regionalização (PDR), o qual se fundamenta na formação de sistemas funcionais e resolutivos de assistência à saúde, por meio da organização dos territórios estaduais em regiões/microrregiões e módulos assistenciais e de redes hierarquizadas de serviços, bem como dos fluxos de referência e contra-referência intermunicipais, e tem por objetivo garantir:

- a) o acesso dos cidadãos, o mais próximo possível de sua residência, a um conjunto de ações e serviços vinculados às seguintes responsabilidades mínimas:
 - assistência pré-natal, parto e puerpério;
 - acompanhamento do crescimento e desenvolvimento infantil;
 - cobertura universal do esquema preconizado pelo Programa Nacional de Imunizações, para todas as faixas etárias;
 - ações de promoção da saúde e prevenção de doenças;
 - tratamento das intercorrências mais comuns na infância;
 - atendimento de afecções agudas de maior incidência;
 - acompanhamento de pessoas com doenças crônicas de alta prevalência;
 - tratamento clínico e cirúrgico de casos de pequenas urgências ambulatoriais;
 - tratamento dos distúrbios mentais e psicossociais mais frequentes;
 - controle das doenças bucais mais comuns;
 - suprimento/dispensação dos medicamentos da Farmácia Básica.
- b) o acesso de todos os cidadãos aos serviços necessários à resolução de seus problemas de saúde, em qualquer nível de atenção, diretamente ou mediante o estabelecimento de compromissos entre gestores para o atendimento de referências intermunicipais.

Ademais, no intuito de ampliar o acesso e da qualidade da atenção básica, a NOAS institui a Gestão Plena da Atenção Básica Ampliada (GPAB-A) como uma das condições de gestão dos sistemas municipais de saúde, abarcando como áreas de atuação estratégicas mínimas da condição de Gestão Plena da Atenção Básica Ampliada: o controle da tuberculose, a eliminação da hanseníase, o controle da hipertensão arterial, o controle da diabetes mellitus, a saúde da criança, a saúde da mulher e a saúde bucal, e um determinado conjunto de procedimentos assistenciais.

Ao qualificar as microrregiões, define um conjunto mínimo de procedimentos de média complexidade como primeiro nível de referência

intermunicipal, com acesso garantido a toda a população no âmbito microrregional, que abrange as atividades ambulatoriais de apoio diagnóstico e terapêutico e de internação hospitalar.

Em termos de organização dos serviços de média complexidade, a NOAS estabelece:

A Atenção de Média Complexidade (MC) compreende um conjunto de ações e serviços ambulatoriais e hospitalares que visam a atender os principais problemas de saúde da população, cuja prática clínica demande a disponibilidade de profissionais especializados e a utilização de recursos tecnológicos de apoio diagnóstico e terapêutico, que não justifique a sua oferta em todos os municípios do País.

Já a política de atenção de alta complexidade, de responsabilidade do Ministério da Saúde, traduz-se nas seguintes atribuições:

- a) definição de normas nacionais;
- b) controle do cadastro nacional de prestadores de serviços;
- c) vistoria de serviços, quando lhe couber, de acordo com as normas de cadastramento estabelecidas pelo próprio Ministério da Saúde;
- d) definição de incorporação dos procedimentos a serem ofertados à população pelo SUS;
- e) definição do elenco de procedimentos de alta complexidade;
- f) estabelecimento de estratégias que possibilitem o acesso mais equânime diminuindo as diferenças regionais na alocação dos serviços;
- g) definição de mecanismos de garantia de acesso para as referências interestaduais, através da Central Nacional de Regulação para Procedimentos de Alta Complexidade;
- h) formulação de mecanismos voltados à melhoria da qualidade dos serviços prestados;
- i) financiamento das ações.

Relativamente ao processo de programação da assistência, o qual é objeto do capítulo II, quanto à União, a NOAS estabelece: “*Cabe ao Ministério da Saúde a coordenação do processo de programação da assistência à saúde em âmbito nacional*”. Já no âmbito dos Estados, dispõe da seguinte forma:

Cabe à SES a coordenação da programação pactuada e integrada no âmbito do estado, por meio do estabelecimento de processos e métodos que assegurem:

- a) que as diretrizes, objetivos e prioridades da política estadual de saúde e os parâmetros de programação, em sintonia com a Agenda de Saúde e Metas Nacionais, sejam discutidos no âmbito da CIB com os gestores municipais, aprovados pelos Conselhos Estaduais e implementados em fóruns regionais e/ou microrregionais de negociação entre gestores;
- b) a alocação de recursos centrada em uma lógica de atendimento às reais necessidades da população e jamais orientada pelos interesses dos prestadores de serviços;

- c) a operacionalização do Plano Diretor de Regionalização e de estratégias de regulação do sistema, mediante a adequação dos critérios e instrumentos de alocação e pactuação dos recursos assistenciais e a adoção de mecanismos que visem a regular a oferta e a demanda de serviços, a organizar os fluxos e a garantir o acesso às referências;
- d) a explicitação do modelo de gestão com a definição das responsabilidades inerentes ao exercício do comando único de forma coerente com as condições de habilitação.

Em relação à PPI, a NOAS estabelece que esta deverá nortear a alocação dos recursos federais, sendo que aos Estados cabe a tarefa de definir os limites financeiros para os municípios, respeitando o limite financeiro estadual e a definição de referências intermunicipais da PPI. O limite financeiro da assistência de cada Estado deve respeitar:

- a) relação de todos os municípios do estado, independentemente da sua condição de gestão.
- b) condição de Gestão do Município/nível de governo responsável pelo comando único de média e alta complexidade.
- c) parcela de recursos financeiros para o atendimento da população residente sob gestão municipal.
- d) parcela de recursos financeiros para o atendimento das referências intermunicipais.
- e) parcela de recursos financeiros para o atendimento da população residente sob gestão estadual.
- f) outros recursos sob gestão estadual, alocados nos municípios ou na Secretaria Estadual de Saúde.
- g) limite Financeiro Global da Unidade Federativa – soma dos itens c, d, e e f.

Ao tratar das responsabilidades de cada nível de governo na garantia de acesso da população referenciada, a NOAS é clara: *“O Ministério da Saúde assume, de forma solidária com as Secretarias de Saúde dos estados e do Distrito Federal, a responsabilidade pelo atendimento a pacientes referenciados entre estados”*. Complementando tal disposição, a norma estatui:

A garantia de acesso da população aos serviços não disponíveis em seu município de residência é de responsabilidade do gestor estadual, de forma solidária com os municípios de referência, observados os limites financeiros, devendo o mesmo organizar o sistema de referência utilizando mecanismos e instrumentos necessários, compatíveis com a condição de gestão do município onde os serviços estiverem localizados.

No que diz respeito ao processo de controle, regulação e avaliação da assistência, a NOAS afirma que as funções de controle, regulação e avaliação devem ser coerentes com os processos de planejamento, programação e alocação de recursos em saúde. Tais atribuições devem ser

definidas conforme as pactuações dos três níveis de governo, devendo ocorrer, principalmente, nas seguintes dimensões:

- a) avaliação da organização do sistema e do modelo de gestão;
- b) relação com os prestadores de serviços;
- c) qualidade da assistência e satisfação dos usuários;
- d) resultados e impacto sobre a saúde da população.

Ademais, todos os níveis de governo devem avaliar o funcionamento do sistema de saúde quanto ao desempenho nos processos de gestão, as formas de organização e o modelo de atenção. Relativamente à avaliação da qualidade e dos resultados da atenção e do impacto na saúde pelos gestores, esta deve envolver tanto a implementação de indicadores objetivos baseados em critérios técnicos como a adoção de instrumentos de avaliação da satisfação dos usuários do sistema, que considerem a acessibilidade, além do acompanhamento dos resultados alcançados em função dos objetivos, indicadores e metas apontados no plano de saúde, voltados para a melhoria do nível de saúde da população.

A regulação da assistência deve ser realizada por estados e municípios, os quais deverão elaborar seus respectivos planos de controle, regulação e avaliação voltados ao fortalecimento da capacidade de gestão. Ela tem por objetivo a disponibilização da alternativa assistencial mais adequada à necessidade do cidadão, pressupondo:

- a) a realização prévia de um processo de avaliação das necessidades de saúde e de planejamento/programação, que considere aspectos epidemiológicos, os recursos assistenciais disponíveis e condições de acesso às unidades de referência;
- b) a definição da estratégia de regionalização que explicita a responsabilização e papel dos vários municípios, bem como a inserção das diversas unidades assistenciais na rede;
- c) a delegação pelo gestor competente de autoridade sanitária ao médico regulador, para que exerça a responsabilidade sobre a regulação da assistência, instrumentalizada por protocolos técnico-operacionais;
- d) a definição das interfaces da estratégia da regulação da assistência com o processo de planejamento, programação e outros instrumentos de controle e avaliação.

Os critérios de habilitação e desabilitação de municípios e estados às diferentes condições de gestão implicam na declaração dos compromissos assumidos por parte do gestor perante os outros gestores e perante a população sob sua responsabilidade.

Assim, para os municípios se habilitarem à gestão plena da atenção básica ampliada e da gestão plena do sistema municipal, há imposição de uma série de responsabilidades, requisitos e prerrogativas, constantes da NOB 01/96, já citada anteriormente, que devem ser respeitados. Da mesma forma, para os estados se habilitarem à gestão avançada do sistema estadual ou à gestão plena desse sistema, também deve observar determinadas responsabilidades, requisitos e prerrogativas.

No que tange à desabilitação dos municípios habilitados na gestão plena da atenção básica e na gestão plena do sistema municipal, esta caberá à CIB, devendo, ainda, ser homologada pela CIT. Poderá ocorrer a desabilitação no primeiro caso:

- a) descumprirem as responsabilidades assumidas na habilitação do município;
- b) apresentarem situação irregular na alimentação dos Bancos de Dados Nacionais, estabelecidos como obrigatórios pelo MS, por 2 (dois) meses consecutivos ou 3 (três) meses alternados;
- c) não cumprirem as metas de cobertura vacinal para avaliação da Atenção Básica;
- d) não cumprirem os demais critérios de avaliação da Atenção Básica, para manutenção da condição de gestão, pactuados na Comissão Intergestores Tripartite e publicados em regulamentação complementar a esta Norma;
- e) não firmarem o Pacto de Indicadores da Atenção Básica;
- f) apresentarem irregularidades que comprometam a gestão municipal, identificadas pelo componente estadual e/ou nacional do SNA.

E no segundo caso os municípios estarão passíveis de desabilitação nos seguintes casos: *“a) se enquadrarem na situação de desabilitação prevista no Item 60 – Capítulo III desta Norma; b) não cumprirem as responsabilidades definidas para a Gestão Plena do Sistema Municipal [...]”*.

Outrossim, a NOAS aponta os motivos para a suspensão imediata pelo MS dos repasses financeiros mensais, fundo a fundo, para os municípios:

- a) não pagamento aos prestadores de serviços sob sua gestão, públicos ou privados, hospitalares e ambulatoriais, até o quinto dia útil, após o cumprimento pelo Ministério da Saúde das seguintes condições:
 - crédito na conta bancária do Fundo Estadual/Municipal de Saúde, pelo Fundo Nacional de Saúde;
 - disponibilização dos arquivos de processamento do SIH/SUS, no BBS/MS pelo DATASUS.
- b) falta de alimentação dos Bancos de Dados Nacionais, estabelecidos como obrigatórios pelo MS, por 2 (dois) meses consecutivos ou 3 (três) meses alternados;

c) indicação de suspensão por Auditoria realizada pelos componentes estadual ou nacional do SNA, respeitado o prazo de defesa do município envolvido.

Os Estados, por sua vez, serão desabilitados quando não cumprirem suas responsabilidades definidas para a forma de gestão para a qual se habilitou, sendo a desabilitação incumbência da CIT. Nesse particular, os seguintes motivos permitem a suspensão imediata pelo MS dos repasses financeiros mensais, fundo a fundo:

- a) não pagamento aos prestadores de serviços sob sua gestão, públicos ou privados, hospitalares e ambulatoriais, até o quinto dia útil, após o cumprimento pelo Ministério da Saúde das seguintes condições:
 - crédito na conta bancária do Fundo Estadual/Municipal de Saúde, pelo Fundo Nacional de Saúde;
 - disponibilização dos arquivos de processamento do SIH/SUS, no BBS/MS pelo DATASUS.
- b) indicação de suspensão por auditoria realizada pelos componentes nacionais do SNA, homologada pela CIT, apontando irregularidades graves;
- c) não alimentação dos Bancos de Dados Nacionais, estabelecidos como obrigatórios pelo MS;
- d) não firmar o Pacto de Atenção Básica.

5.7.2.3 A portaria nº 399/2006 do Ministério da Saúde: Pacto pela Saúde

O Pacto pela Saúde representou a consolidação do SUS e aprovou as diretrizes operacionais do pacto, traçando a seguinte meta:

[...] os gestores do SUS assumem o compromisso público da construção do PACTO PELA SAÚDE 2006, que será anualmente revisado, com base nos princípios constitucionais do SUS, ênfase nas necessidades de saúde da população e que implicará o exercício simultâneo de definição de prioridades articuladas e integradas nos três componentes: Pacto pela Vida, Pacto em Defesa do SUS e Pacto de Gestão do SUS.

No anexo I, definiram-se prioridades e objetivos para cada um dos três componentes do Pacto pela Saúde (Pacto pela Vida, Pacto em Defesa do SUS e Pacto de Gestão do SUS):

O Pacto pela Vida está constituído por um conjunto de compromissos sanitários, expressos em objetivos de processos e resultados e derivados da análise da situação de saúde do País e das prioridades definidas pelos governos federal, estaduais e municipais.

O Pacto em Defesa do SUS envolve ações concretas e articuladas pelas três instâncias federativas no sentido de reforçar o SUS como política de Estado mais do que política de governos; e de defender, vigorosamente, os princípios basilares dessa política pública, inscritos na Constituição Federal.

O Pacto de Gestão estabelece as responsabilidades claras de cada ente federado de forma a diminuir as competências concorrentes e a tornar mais claro quem deve fazer o quê, contribuindo, assim, para o fortalecimento da gestão compartilhada e solidária do SUS.

O “Pacto pela Vida” trouxe como objetivos e prioridades:

SAÚDE DO IDOSO: Implantar a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa, buscando a atenção integral. CÂNCER DE COLO DE ÚTERO E DE MAMA: Contribuir para a redução da mortalidade por câncer de colo do útero e de mama. MORTALIDADE INFANTIL E MATERNA: Reduzir a mortalidade materna, infantil neonatal, infantil por doença diarreica e por pneumonias. DOENÇAS EMERGENTES E ENDEMIAS, COM ÊNFASE NA DENGUE, HANSENÍASE, TUBERCULOSE, MALÁRIA E INFLUENZA: Fortalecer a capacidade de resposta do sistema de saúde às doenças emergentes e endemias. PROMOÇÃO DA SAÚDE: Elaborar e implantar a Política Nacional de Promoção da Saúde, com ênfase na adoção de hábitos saudáveis por parte da população brasileira, de forma a internalizar a responsabilidade individual da prática de atividade física regular alimentação saudável e combate ao tabagismo. ATENÇÃO BÁSICA À SAÚDE: Consolidar e qualificar a estratégia da Saúde da Família como modelo de atenção básica à saúde e como centro ordenador das redes de atenção à saúde do SUS.

Já o “Pacto em Defesa do SUS” visava às seguintes estratégias:

IMPLEMENTAR UM PROJETO PERMANENTE DE MOBILIZAÇÃO SOCIAL COM A FINALIDADE DE: Mostrar a saúde como direito de cidadania e o SUS como sistema público universal garantidor desses direitos; Alcançar, no curto prazo, a regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, pelo Congresso Nacional; Garantir, no longo prazo, o incremento dos recursos orçamentários e financeiros para a saúde. Aprovar o orçamento do SUS, composto pelos orçamentos das três esferas de gestão, explicitando o compromisso de cada uma delas. ELABORAR E DIVULGAR A CARTA DOS DIREITOS DOS USUÁRIOS DO SUS.

E o “Pacto de Gestão do SUS”, tinha por objetivo:

DEFINIR DE FORMA INEQUÍVOCA A RESPONSABILIDADE SANITÁRIA DE CADA INSTÂNCIA GESTORA DO SUS: federal, estadual e municipal, superando o atual processo de habilitação. ESTABELECER AS DIRETRIZES PARA A GESTÃO DO SUS, com ênfase na Descentralização; Regionalização; Financiamento; Programação Pactuada e Integrada; Regulação; Participação e Controle Social; Planejamento; Gestão do Trabalho e Educação na Saúde.

No anexo II, por sua vez, foram traçadas as diretrizes operacionais do pacto pela saúde, definindo as diretrizes e os objetivos de cada um dos três pactos firmados no anexo I.

Ao dispor das diretrizes para a gestão do SUS, a descentralização, trata-se das premissas da descentralização, dos objetivos da regionalização, dos princípios gerais do financiamento para o SUS, do planejamento no âmbito do SUS, da participação social, da educação na saúde e das responsabilidades gerais na gestão do SUS.

Relativamente a este último, insta salientar a essencialidade do tema para a avaliação do cumprimento do direito/dever constitucionalmente reconhecido à saúde.

O Pacto estabelece para os municípios os seguintes deveres na gestão do SUS:

- Garantir a integralidade das ações de saúde prestadas de forma interdisciplinar, por meio da abordagem integral e contínua do indivíduo no seu contexto familiar, social e do trabalho; englobando atividades de promoção da saúde, prevenção de riscos, danos e agravos; ações de assistência, assegurando o acesso ao atendimento às urgências;
- Promover a equidade na atenção à saúde, considerando as diferenças individuais e de grupos populacionais, por meio da adequação da oferta às necessidades como princípio de justiça social, e ampliação do acesso de populações em situação de desigualdade, respeitadas as diversidades locais;
- Participar do financiamento tripartite do sistema único de saúde;
- Assumir a gestão e executar as ações de atenção básica, incluindo as ações de promoção e proteção, no seu território;
- Assumir integralmente a gerência de toda a rede pública de serviços de atenção básica, englobando as unidades próprias e as transferidas pelo estado ou pela união;
- Com apoio dos estados, identificar as necessidades da população do seu território, fazer um reconhecimento das iniquidades, oportunidades e recursos;
- Desenvolver, a partir da identificação das necessidades, um processo de planejamento, regulação, programação pactuada e integrada da atenção à saúde, monitoramento e avaliação;
- Formular e implementar políticas para áreas prioritárias, conforme definido nas diferentes instâncias de pactuação;
- Organizar o acesso a serviços de saúde resolutivos e de qualidade na atenção básica, viabilizando o planejamento, a programação pactuada e integrada da atenção à saúde e a atenção à saúde no seu território, explicitando a responsabilidade, o compromisso e o vínculo do serviço e equipe de saúde com a população do seu território, desenhando a rede de atenção e promovendo a humanização do atendimento;
- Organizar e pactuar o acesso a ações e serviços de atenção especializada a partir das necessidades da atenção básica, configurando a rede de atenção, por meio dos processos de integração e articulação dos serviços de atenção básica com os demais níveis do sistema, com base no processo da programação pactuada e integrada da atenção à saúde;
- Pactuar e fazer o acompanhamento da referência da atenção que ocorre fora do seu território, em cooperação com o estado, distrito federal e com os demais municípios envolvidos no âmbito

regional e estadual, conforme a programação pactuada e integrada da atenção à saúde;

- Garantir estas referências de acordo com a programação pactuada e integrada da atenção à saúde, quando dispõe de serviços de referência intermunicipal;
- Garantir a estrutura física necessária para a realização das ações de atenção básica, de acordo com as normas técnicas vigentes;
- Promover a estruturação da assistência farmacêutica e garantir, em conjunto com as demais esferas de governo, o acesso da população aos medicamentos cuja dispensação esteja sob sua responsabilidade, promovendo seu uso racional, observadas as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Assumir a gestão e execução das ações de vigilância em saúde realizadas no âmbito local, compreendendo as ações de vigilância epidemiológica, sanitária e ambiental, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Elaborar, pactuar e implantar a política de promoção da saúde, considerando as diretrizes estabelecidas no âmbito nacional.

Para os estados, são instituídas as seguintes responsabilidades:

- Responder, solidariamente com municípios, Distrito Federal e união, pela integralidade da atenção à saúde da população;
- Participar do financiamento tripartite do Sistema Único de Saúde;
- Formular e implementar políticas para áreas prioritárias, conforme definido nas diferentes instâncias de pactuação;
- Coordenar, acompanhar e avaliar, no âmbito estadual, a implementação dos Pactos Pela Vida e de Gestão e seu Termo de Compromisso;
- Apoiar técnica e financeiramente os municípios, para que estes assumam integralmente sua responsabilidade de gestor da atenção à saúde dos seus munícipes;
- Apoiar técnica, política e financeiramente a gestão da atenção básica nos municípios, considerando os cenários epidemiológicos, as necessidades de saúde e a articulação regional, fazendo um reconhecimento das iniquidades, oportunidades e recursos;
- Fazer reconhecimento das necessidades da população no âmbito estadual e cooperar técnica e financeiramente com os municípios, para que possam fazer o mesmo nos seus territórios;
- Desenvolver, a partir da identificação das necessidades, um processo de planejamento, regulação, programação pactuada e integrada da atenção à saúde, monitoramento e avaliação;
- Coordenar o processo de configuração do desenho da rede de atenção, nas relações intermunicipais, com a participação dos municípios da região;
- Organizar e pactuar com os municípios, o processo de referência intermunicipal das ações e serviços de média e alta complexidade a partir da atenção básica, de acordo com a programação pactuada e integrada da atenção à saúde;
- Realizar o acompanhamento e a avaliação da atenção básica no âmbito do território estadual;
- Apoiar técnica e financeiramente os municípios para que garantam a estrutura física necessária para a realização das ações de atenção básica;

- Promover a estruturação da assistência farmacêutica e garantir, em conjunto com as demais esferas de governo, o acesso da população aos medicamentos cuja dispensação esteja sob sua responsabilidade, fomentando seu uso racional e observando as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Coordenar e executar e as ações de vigilância em saúde, compreendendo as ações de média e alta complexidade desta área, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Assumir transitoriamente, quando necessário, a execução das ações de vigilância em saúde no município, comprometendo-se em cooperar para que o município assuma, no menor prazo possível, sua responsabilidade;
- Executar algumas ações de vigilância em saúde, em caráter permanente, mediante acordo bipartite e conforme normatização específica;
- Supervisionar as ações de prevenção e controle da vigilância em saúde, coordenando aquelas que exigem ação articulada e simultânea entre os municípios;
- Apoiar técnica e financeiramente os municípios para que executem com qualidade as ações de vigilância em saúde, compreendendo as ações de vigilância epidemiológica, sanitária e ambiental, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Elaborar, pactuar e implantar a política de promoção da saúde, considerando as diretrizes estabelecidas no âmbito nacional;
- Coordenar, normatizar e gerir os laboratórios de saúde pública;
- Assumir a gestão e a gerência de unidades públicas de hemonúcleos / hemocentros e elaborar normas complementares para a organização e funcionamento desta rede de serviço.

Já para o Distrito Federal, as atribuições são as seguintes:

- Responder, solidariamente com a união, pela integralidade da atenção à saúde da população;
- Garantir a integralidade das ações de saúde prestadas de forma interdisciplinar, por meio da abordagem integral e contínua do indivíduo no seu contexto familiar, social e do trabalho; englobando atividades de promoção da saúde, prevenção de riscos, danos e agravos; ações de assistência, assegurando o acesso ao atendimento às urgências;
- Promover a equidade na atenção à saúde, considerando as diferenças individuais e de grupos populacionais, por meio da adequação da oferta às necessidades como princípio de justiça social, e ampliação do acesso de populações em situação de desigualdade, respeitadas as diversidades locais;
- Participar do financiamento tripartite do Sistema Único de Saúde;
- Coordenar, acompanhar e avaliar, no âmbito estadual, a implementação dos Pactos Pela Vida e de Gestão e seu Termo de Compromisso de Gestão;
- Assumir a gestão e executar as ações de atenção básica, incluindo as ações de promoção e proteção, no seu território;
- Assumir integralmente a gerência de toda a rede pública de serviços de atenção básica, englobando as unidades próprias e as transferidas pela união;
- Garantir a estrutura física necessária para a realização das ações de atenção básica, de acordo com as normas técnicas vigentes;

- Realizar o acompanhamento e a avaliação da atenção básica no âmbito do seu território;
- Identificar as necessidades da população do seu território, fazer um reconhecimento das iniquidades, oportunidades e recursos;
- Desenvolver, a partir da identificação das necessidades, um processo de planejamento, regulação, programação pactuada e integrada da atenção à saúde, monitoramento e avaliação;
- Formular e implementar políticas para áreas prioritárias, conforme definido nas instâncias de pactuação;
- Organizar o acesso a serviços de saúde resolutivos e de qualidade na atenção básica, viabilizando o planejamento, a programação pactuada e integrada da atenção à saúde e a atenção à saúde no seu território,
- explicitando a responsabilidade, o compromisso e o vínculo do serviço e equipe de saúde com a população do seu território, desenhando a rede de atenção e promovendo a humanização do atendimento;
- Organizar e pactuar o acesso a ações e serviços de atenção especializada a partir das necessidades da atenção básica, configurando a rede de atenção, por meio dos processos de integração e articulação dos serviços de atenção básica com os demais níveis do sistema, com base no processo da programação pactuada e integrada da atenção à saúde;
- Pactuar e fazer o acompanhamento da referência da atenção que ocorre fora do seu território, em cooperação com os estados envolvidos no âmbito regional, conforme a programação pactuada e integrada da atenção à saúde;
- Promover a estruturação da assistência farmacêutica e garantir, em conjunto com a união, o acesso da população aos medicamentos cuja dispensação esteja sob sua responsabilidade, fomentando seu uso racional e observando as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Garantir o acesso de serviços de referência de acordo com a programação pactuada e integrada da atenção à saúde;
- Elaborar, pactuar e implantar a política de promoção da saúde, considerando as diretrizes estabelecidas no âmbito nacional;
- Assumir a gestão e execução das ações de vigilância em saúde realizadas no âmbito do seu território, compreendendo as ações de vigilância epidemiológica, sanitária e ambiental, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Executar e coordenar as ações de vigilância em saúde, compreendendo as ações de média e alta complexidade desta área, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Coordenar, normatizar e gerir os laboratórios de saúde pública;
- Assumir a gestão e a gerência de unidades públicas de hemonúcleos / hemocentros e elaborar normas complementares para a organização e funcionamento desta rede de serviço.

Por fim, são listados como encargos da União:

- Responder, solidariamente com os municípios, o Distrito Federal e os estados, pela integralidade da atenção à saúde da população;
- Participar do financiamento tripartite do Sistema Único de Saúde;
- Formular e implementar políticas para áreas prioritárias, conforme definido nas diferentes instâncias de pactuação;
- Coordenar e acompanhar, no âmbito nacional, a pactuação e avaliação do Pacto de Gestão e Pacto pela Vida e seu Termo de Compromisso;

- Apoiar o Distrito Federal, os estados e conjuntamente com estes, os municípios, para que assumam integralmente as suas responsabilidades de gestores da atenção à saúde;
- Apoiar financeiramente o Distrito Federal e os municípios, em conjunto com os estados, para que garantam a estrutura física necessária para a realização das ações de atenção básica;
- Prestar cooperação técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios para o aperfeiçoamento das suas atuações institucionais na gestão da atenção básica;
- Exercer de forma pactuada as funções de normatização e de coordenação no que se refere à gestão nacional da atenção básica no SUS;
- Identificar, em articulação com os estados, Distrito Federal e municípios, as necessidades da população para o âmbito nacional, fazendo um reconhecimento das iniquidades, oportunidades e recursos; e cooperar técnica e financeiramente com os gestores, para que façam o mesmo nos seus territórios;
- Desenvolver, a partir da identificação de necessidades, um processo de planejamento, regulação, programação pactuada e integrada da atenção à saúde, monitoramento e avaliação;
- Promover a estruturação da assistência farmacêutica e garantir, em conjunto com as demais esferas de governo, o acesso da população aos medicamentos que estejam sob sua responsabilidade, fomentando seu uso racional, observadas as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Definir e pactuar as diretrizes para a organização das ações e serviços de média e alta complexidade, a partir da atenção básica;
- Coordenar e executar as ações de vigilância em saúde, compreendendo as ações de média e alta complexidade desta área, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Coordenar, nacionalmente, as ações de prevenção e controle da vigilância em saúde que exijam ação articulada e simultânea entre os estados, Distrito Federal e municípios;
- Proceder investigação complementar ou conjunta com os demais gestores do SUS em situação de risco sanitário;
- Apoiar e coordenar os laboratórios de saúde pública – Rede Nacional de laboratórios de saúde Pública/RNLSP - nos aspectos relativos à vigilância em saúde;
- Assumir transitoriamente, quando necessário, a execução das ações de vigilância em saúde nos estados, Distrito Federal e municípios, comprometendo-se em cooperar para que assumam, no menor prazo possível, suas responsabilidades;
- Apoiar técnica e financeiramente os estados, o Distrito Federal e os municípios para que executem com qualidade as ações de vigilância em saúde, compreendendo as ações de vigilância epidemiológica, sanitária e ambiental, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Elaborar, pactuar e implementar a política de promoção da saúde.

Ademais, o Pacto estabelece as responsabilidades desses entes quanto à regionalização e também no planejamento e programação em saúde, este último nos seguintes termos:

MUNICÍPIOS: Formular, gerenciar, implementar e avaliar o processo permanente de planejamento participativo e integrado, de base local e ascendente, orientado por problemas e necessidades em saúde,

com a constituição de ações para a promoção, a proteção, a recuperação e a reabilitação em saúde, construindo nesse processo o plano de saúde e submetendo-o à aprovação do Conselho de Saúde correspondente; formular, no plano municipal de saúde, a política municipal de atenção em saúde, incluindo ações intersetoriais voltadas para a promoção da saúde; elaborar relatório de gestão anual, a ser apresentado e submetido à aprovação do Conselho de Saúde correspondente; operar os sistemas de informação referentes à atenção básica, conforme normas do Ministério da Saúde, e alimentar regularmente os bancos de dados nacionais, assumindo a responsabilidade pela gestão, no nível local, dos sistemas de informação: Sistema de Informação sobre Agravos de Notificação – SINAN, Sistema de Informação do Programa Nacional de Imunizações - SI-PNI, Sistema de Informação sobre Nascidos Vivos – SINASC, Sistema de Informação Ambulatorial - SIA e Cadastro Nacional de Estabelecimentos e Profissionais de Saúde – CNES; e quando couber, os sistemas: Sistema de Informação Hospitalar – SIH e Sistema de Informação sobre Mortalidade – SIM, bem como de outros sistemas que venham a ser introduzidos; assumir a responsabilidade pela coordenação e execução das atividades de informação, educação e comunicação, no âmbito local; elaborar a programação da atenção à saúde, incluída a assistência e vigilância em saúde, em conformidade com o plano municipal de saúde, no âmbito da Programação Pactuada e Integrada da Atenção à Saúde; [...]

ESTADOS: Formular, gerenciar, implementar e avaliar o processo permanente de planejamento participativo e integrado, de base local e ascendente, orientado por problemas e necessidades em saúde, com a constituição de ações para a promoção, a proteção, a recuperação e a reabilitação em saúde, construindo nesse processo o plano estadual de saúde, submetendo-o à aprovação do Conselho Estadual de Saúde; Formular, no plano estadual de saúde, e pactuar no âmbito da Comissão Intergestores Bipartite - CIB, a política estadual de atenção em saúde, incluindo ações intersetoriais voltadas para a promoção da saúde; Elaborar relatório de gestão anual, a ser apresentado e submetido à aprovação do Conselho Estadual de Saúde; Coordenar, acompanhar e apoiar os municípios na elaboração da programação pactuada e integrada da atenção à saúde, no âmbito estadual, regional e interestadual; Apoiar, acompanhar, consolidar e operar quando couber, no âmbito estadual e regional, a alimentação dos sistemas de informação, conforme normas do Ministério da Saúde; Operar os sistemas de informação epidemiológica e sanitária de sua competência, bem como assegurar a divulgação de informações e análises e apoiar os municípios naqueles de responsabilidade municipal.

DISTRITO FEDERAL: Formular, gerenciar, implementar e avaliar o processo permanente de planejamento participativo e integrado, de base local e ascendente, orientado por problemas e necessidades em saúde, com a constituição de ações para a promoção, a proteção, a recuperação e a reabilitação em saúde, construindo nesse processo o plano estadual de saúde, submetendo-o à aprovação do Conselho de Saúde do Distrito Federal; Formular, no plano estadual de saúde, a política estadual de atenção em saúde, incluindo ações intersetoriais voltadas para a promoção da saúde; Elaborar relatório de gestão anual, a ser apresentado e submetido à aprovação do Conselho Estadual de Saúde; Operar os sistemas de informação epidemiológica e sanitária de sua competência, bem como assegurar a divulgação de informações e análises; Operar os sistemas de

informação referentes à atenção básica, conforme normas do Ministério da Saúde, e alimentar regularmente os bancos de dados nacionais, assumindo a responsabilidade pela gestão, no nível local, dos sistemas de informação: Sistema de Informação sobre Agravos de Notificação – SINAN, Sistema de Informação do Programa Nacional de Imunizações - SI-PNI, Sistema de Informação sobre Nascidos Vivos – SINASC, Sistema de Informação Ambulatorial - SIA e Cadastro Nacional de Estabelecimentos e Profissionais de Saúde – CNES; Sistema de Informação Hospitalar – SIH e Sistema de Informação sobre Mortalidade – SIM, bem como de outros sistemas que venham a ser introduzidos; Assumir a responsabilidade pela coordenação e execução das atividades de informação, educação e comunicação, no âmbito do seu território; Elaborar a programação da atenção à saúde, incluída a assistência e vigilância em saúde, em conformidade com o plano estadual I de saúde, no âmbito da Programação Pactuada e Integrada da Atenção à Saúde.

UNIÃO: Formular, gerenciar, implementar e avaliar o processo permanente de planejamento participativo e integrado, de base local e ascendente, orientado por problemas e necessidades em saúde, com a constituição de ações para a promoção, a proteção, a recuperação e a reabilitação em saúde, construindo nesse processo o plano nacional de saúde, submetendo-o à aprovação do Conselho Nacional de Saúde; Formular, no plano nacional de saúde, e pactuar no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite – CIT, a políticanacional de atenção em saúde, incluindo ações intersetoriais voltadas para a promoção da saúde; Elaborar relatório de gestão anual, a ser apresentado e submetido à aprovação do Conselho Nacional de Saúde; Formular, pactuar no âmbito a CIT e aprovar no Conselho Nacional de Saúde, a política nacional de atenção à saúde dos povos indígenas e executá-la, conforme pactuação com Estados e Municípios, por meio da Fundação Nacional de Saúde – FUNASA; Coordenar, acompanhar e apoiar os municípios, os estados e Distrito Federal na elaboração da programação pactuada e integrada da atenção em saúde, no âmbito nacional; Gerenciar, manter, e elaborar quando necessário, no âmbito nacional, os sistemas de informação, conforme normas vigentes e pactuações estabelecidas, incluindo aqueles sistemas que garantam a solicitação e autorização de procedimentos, o processamento da produção e preparação para a realização de pagamentos; Desenvolver e gerenciar sistemas de informação epidemiológica e sanitária, bem como assegurar a divulgação de informações e análises.

Por fim, traça diretrizes para a regulação, controle, avaliação e auditoria pelos entes federados, bem como as responsabilidades na gestão de trabalho, na educação em saúde, e na participação e controle social.

No primeiro caso, merecem destaque alguns trechos: a) Os deveres dos municípios de monitoramento e fiscalização dos recursos financeiros provenientes de transferência regular e automática (fundo a fundo) e por convênios, bem como os de identificação dos usuários do SUS, com vistas à vinculação de clientela e à sistematização da oferta dos serviços, e de avaliação das ações de vigilância em saúde, realizadas em seu território, por intermédio de indicadores de desempenho, envolvendo aspectos

epidemiológicos e operacionais; b) O dever de monitoramento do estado do cumprimento pelos municípios dos planos de saúde, dos relatórios de gestão, da operação dos fundos de saúde, indicadores e metas do pacto de gestão, da constituição dos serviços de regulação, controle avaliação e auditoria e da participação na programação pactuada e integrada da atenção à saúde; c) Os seguintes deveres da União:

- Coordenar, no âmbito nacional, a estratégia de identificação dos usuários do SUS;
- Coordenar e cooperar com os estados, o Distrito Federal e os municípios no processo de cadastramento de Estabelecimentos e Profissionais de Saúde;
- Definir e pactuar a política nacional de contratação de serviços de saúde;
- Propor e pactuar os critérios de credenciamento dos serviços de saúde;
- Propor e pactuar as normas de solicitação e autorização das internações e dos procedimentos ambulatoriais especializados, de acordo com as Políticas de Atenção Especializada;
- Elaborar, pactuar e manter as tabelas de procedimentos enquanto padrão nacional de utilização dos mesmos e de seus preços;
- Estruturar a política nacional de regulação da atenção à saúde, conforme pactuação na CIT, contemplando apoio financeiro, tecnológico e de educação permanente.

Na última fração, também merecem ser ressaltos os seguintes pontos: a) Os municípios devem prover as condições materiais, técnicas e administrativas necessárias ao funcionamento do Conselho Municipal de Saúde, que deverá ser organizado em conformidade com a legislação vigente, bem como organizar e prover as condições necessárias à realização de Conferências Municipais de Saúde; b) Os estados devem atuar da mesma forma quanto ao Conselho Estadual de Saúde e às Conferências Estaduais de Saúde; c) Relativamente à União, são os seus deveres:

- Apoiar o processo de mobilização social e institucional em defesa do SUS;
- Prover as condições materiais, técnicas e administrativas necessárias ao funcionamento do Conselho Nacional de Saúde, que deverá ser organizado em conformidade com a legislação vigente;
- Organizar e prover as condições necessárias à realização de Conferências Nacionais de Saúde;
- Apoiar o processo de formação dos conselheiros de saúde;
- Promover ações de informação e conhecimento acerca do SUS, junto à população em geral;
- Apoiar os processos de educação popular em saúde, com vistas ao fortalecimento da participação social do SUS;

- Apoiar o fortalecimento dos movimentos sociais, aproximando-os da organização das práticas da saúde e com as instâncias de controle social da saúde;
- Formular e pactuar a política nacional de ouvidoria e implementar o componente nacional, com vistas ao fortalecimento da gestão estratégica do SUS.

5.7.2 A Função do Poder Legislativo

De acordo com Aith (2008, p. 88), o dever do Estado de implementação do direito à saúde compreende não apenas a prestação de serviços públicos de saúde, mas também a produção de normas jurídicas sobre saúde.

Ainda segundo o autor (p. 99), ao Poder Legislativo compete elaborar leis que garantam as condições sociais e instrumentais necessárias à execução das políticas sociais e econômicas para a redução dos riscos à saúde e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

A competência legislativa em matéria de saúde é concorrente entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cabendo àquela elaborar normas gerais/principiológicas (princípios e diretrizes genéricas). Já os demais legislam suplementarmente, para atender as peculiaridades locais.

Cumprе ressaltar que muito já se produziu em matéria de saúde desde a promulgação da Constituição Federal de 1988; deste arcabouço podem ser apontadas leis importantes e decisivas para a efetivação do direito à saúde no Brasil, tais como: Lei nº 8.080/1990, Lei nº 8.142/1990, Lei nº 12.401/2011 e a Lei Complementar nº 141/2012.

5.7.1.1 A Lei nº 8.080/1990

A Lei nº 8.080/1990 dispões sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento de seus serviços. De acordo com o art. 2º da lei:

Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O dever do Estado, portanto, não só remete à promoção da saúde através de cuidados específicos (proteção, através da vigilância sanitária; recuperação, através da rede de saúde, etc.), mas também à redução do risco das doenças, dotando os cidadãos de condições para prevenir e evitar as doenças, e, posteriormente, para se recuperarem delas.

Já o art. 3º da lei, o qual foi alterado pela Lei nº 12.864/2013, discorre a respeito dos fatores determinantes e condicionantes da saúde, quais sejam, aqueles que podem proporcionar ao cidadão qualidade de vida.

Art. 3º. Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Tais ações, ainda que não estejam propriamente relacionadas à saúde em si, representam ações que digam respeito ao bem-estar físico, mental e social.

O art. 4º, por sua vez, dispõe a respeito do SUS, estabelecendo, além de sua constituição, que estão incluídas no SUS as instituições públicas federais, estaduais e municipais de pesquisa, produção de insumos, medicamentos e equipamentos para a saúde, e que a iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar:

Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Nos artigos 5º e 6º estão, respectivamente, os objetivos do SUS e o seu campo de atuação:

Art. 5º. São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

- a) de vigilância sanitária;
- b) de vigilância epidemiológica;
- c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

Os parágrafos deste último artigo definem os conceitos de vigilância sanitária, vigilância epidemiológica e saúde do trabalhador, definindo-os como:

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

§ 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e

proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

E os incisos deste último parágrafo delimitam as áreas em que incidirá o campo da saúde do trabalhador:

- I - assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;
- II - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;
- III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;
- IV - avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;
- V - informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional;
- VI - participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;
- VII - revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e
- VIII - a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores.

Relativamente aos princípios e diretrizes que norteiam o SUS, o art. 7º da LOS faz remissão às diretrizes previstas no art. 198 da CF⁸, listando, ainda, os seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

⁸ Art. 198. “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade”.

- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Os artigos 8º a 13, da Lei nº 8.080/90, instituem e explicitam a hierarquização e regionalização dos serviços de saúde:

Art. 8º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

- I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
- II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e
- III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

Art. 12. Serão criadas comissões intersetoriais de âmbito nacional, subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde, integradas pelos Ministérios e órgãos competentes e por entidades representativas da sociedade civil.

Art. 13. A articulação das políticas e programas, a cargo das comissões intersetoriais, abrangerá, em especial, as seguintes atividades:

- I - alimentação e nutrição;
- II - saneamento e meio ambiente;
- III - vigilância sanitária e farmacoepidemiologia;
- IV - recursos humanos;
- V - ciência e tecnologia; e
- VI - saúde do trabalhador.

Já os artigos 14-A e 14-B foram acrescentados à Lei no 8.080/1990 pela Lei nº 12.466/2011, a qual dispõe sobre as comissões intergestores do Sistema Único de Saúde (SUS), o Conselho Nacional de

Secretários de Saúde (CONASS), o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) e suas respectivas composições:

Art. 14-A. As Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS).
Parágrafo único. A atuação das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite terá por objetivo:

- I - decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política consubstanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde;
- II - definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde, principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados;
- III - fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados.

Art. 14-B. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) são reconhecidos como entidades representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde e declarados de utilidade pública e de relevante função social, na forma do regulamento.

O artigo 15 da LOS dispõe acerca das atribuições comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no âmbito do SUS:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

- I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;
- II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;
- III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;
- IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;
- V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;
- VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;
- VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;
- VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde;
- IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;
- X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;
- XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;
- XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;
- XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de

calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;

XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;

XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;

XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde;

XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde;

XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;

XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.

Os artigos 16 a 19, por sua vez, dispõem acerca das competências de tais entes:

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

I - formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição;

II - participar na formulação e na implementação das políticas:

a) de controle das agressões ao meio ambiente;

b) de saneamento básico; e

c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho;

III - definir e coordenar os sistemas:

a) de redes integradas de assistência de alta complexidade;

b) de rede de laboratórios de saúde pública;

c) de vigilância epidemiológica; e

d) vigilância sanitária;

IV - participar da definição de normas e mecanismos de controle, com órgão afins, de agravo sobre o meio ambiente ou dele decorrentes, que tenham repercussão na saúde humana;

V - participar da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho e coordenar a política de saúde do trabalhador;

VI - coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica;

VII - estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios;

VIII - estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo e uso humano;

IX - promover articulação com os órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área de saúde;

X - formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais;

XI - identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde;

- XII - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde;
- XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional;
- XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;
- XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;
- XVI - normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;
- XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;
- XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal;
- XIX - estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal.

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

- I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;
- II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);
- III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;
- IV - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços:
 - a) de vigilância epidemiológica;
 - b) de vigilância sanitária;
 - c) de alimentação e nutrição; e
 - d) de saúde do trabalhador;
- V - participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana;
- VI - participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico;
- VII - participar das ações de controle e avaliação das condições e dos ambientes de trabalho;
- VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde;
- IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;
- X - coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa;
- XI - estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde;
- XII - formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano;
- XIII - colaborar com a União na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;
- XIV - o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

- I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;
- II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;
- III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;
- IV - executar serviços:
 - a) de vigilância epidemiológica;
 - b) vigilância sanitária;
 - c) de alimentação e nutrição;
 - d) de saneamento básico; e
 - e) de saúde do trabalhador;
- V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;
- VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;
- VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;
- VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;
- IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;
- X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;
- XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;
- XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.

Os artigos 19-A a 19-G instituíram o “Sistema de Atenção à Saúde Indígena”, e os artigos 19-I a 19-L, um “Subsistema de Atendimento e Internação Domiciliar”.

Já os artigos 19-M a 19-U foram incluídos pela Lei nº 12.401/2011, que alterou a Lei nº 8.080/1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS:

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:

- I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravamento à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;
- II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Art. 19-N. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições:

I - produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos;

II - protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.”

Art. 19-U. A responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite.

Relativamente aos serviços privados de assistência à saúde, estes vêm regulados nos artigos 20 a 26 da LOS.

Já a política de recursos humanos está disposta nos artigos 27 a 30 da lei.

O título V da lei, com seus três capítulos (Capítulo I – Dos recursos; Capítulo II – Da gestão financeira; e Capítulo III – Do planejamento e orçamento) trata do financiamento do SUS:

Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de:

I - (Vetado)

II - Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde;

III - ajuda, contribuições, doações e donativos;

IV - alienações patrimoniais e rendimentos de capital;

V - taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e

VI - rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

Art. 33. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.

Art. 34. As autoridades responsáveis pela distribuição da receita efetivamente arrecadada transferirão automaticamente ao Fundo Nacional de Saúde (FNS), observado o critério do parágrafo único deste artigo, os recursos financeiros correspondentes às dotações consignadas no Orçamento da Seguridade Social, a projetos e atividades a serem executados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

I - perfil demográfico da região;

II - perfil epidemiológico da população a ser coberta;

III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;

IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;

V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;

VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede;

VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

Art. 37. O Conselho Nacional de Saúde estabelecerá as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, em função das características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada jurisdição administrativa.

Art. 38. Não será permitida a destinação de subvenções e auxílios a instituições prestadoras de serviços de saúde com finalidade lucrativa.

Os artigos finais (artigos 39 a 54) tratam das disposições finais e transitórias.

5.7.1.2 A Lei nº 8.142/1990

A Lei nº 8.142/1990 dispôs sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

O art. 1º da lei criou a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, definindo suas atividades da seguinte forma:

§ 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

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

Relativamente aos recursos do Fundo Nacional de Saúde, o art. 2º definiu que eles seriam alocados como:

- I - despesas de custeio e de capital do Ministério da Saúde, seus órgãos e entidades, da administração direta e indireta;
- II - investimentos previstos em lei orçamentária, de iniciativa do Poder Legislativo e aprovados pelo Congresso Nacional;
- III - investimentos previstos no Plano Quinquenal do Ministério da Saúde;

IV - cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal.

Já o art. 3º, *caput*, estatui que tais recursos serão repassados aos Municípios, Estados e Distrito Federal de acordo com os critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080/90.

Enfim o art. 4º dispõe que, para receberem os recursos, esses deverão contar com:

- I - Fundo de Saúde;
- II - Conselho de Saúde, com composição paritária de acordo com o Decreto nº 99.438, de 7 de agosto de 1990;
- III - plano de saúde;
- IV - relatórios de gestão que permitam o controle de que trata o § 4º do art. 33 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990;
- V - contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento;
- VI - Comissão de elaboração do Plano de Carreira, Cargos e Salários (PCCS), previsto o prazo de dois anos para sua implantação.

5.7.1.3 O Decreto nº 7.508/2011

Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa.

Em seu art. 2º, o decreto define os seguintes conceitos:

- I - Região de Saúde - espaço geográfico contínuo constituído por agrupamentos de Municípios limítrofes, delimitado a partir de identidades culturais, econômicas e sociais e de redes de comunicação e infraestrutura de transportes compartilhados, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de ações e serviços de saúde;
- II - Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde - acordo de colaboração firmado entre entes federativos com a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada, com definição de responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios de avaliação de desempenho, recursos financeiros que serão disponibilizados, forma de controle e fiscalização de sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde;
- III - Portas de Entrada - serviços de atendimento inicial à saúde do usuário no SUS;
- IV - Comissões Intergestores - instâncias de pactuação consensual entre os entes federativos para definição das regras da gestão compartilhada do SUS;
- V - Mapa da Saúde - descrição geográfica da distribuição de recursos humanos e de ações e serviços de saúde ofertados pelo SUS e pela iniciativa privada, considerando-se a capacidade instalada existente, os investimentos e o desempenho aferido a partir dos indicadores de saúde do sistema;

- VI - Rede de Atenção à Saúde - conjunto de ações e serviços de saúde articulados em níveis de complexidade crescente, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência à saúde;
- VII - Serviços Especiais de Acesso Aberto - serviços de saúde específicos para o atendimento da pessoa que, em razão de agravo ou de situação laboral, necessita de atendimento especial; e
- VIII - Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica - documento que estabelece: critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

No que tange à organização do SUS, o art. 5º do Decreto discorre a respeito dos requisitos para se constituir as regiões de saúde, e o art. 7º, parágrafo único, define os seus elementos:

Art. 5º. Para ser instituída, a Região de Saúde deve conter, no mínimo, ações e serviços de:

- I - atenção primária;
- II - urgência e emergência;
- III - atenção psicossocial;
- IV - atenção ambulatorial especializada e hospitalar; e
- V - vigilância em saúde.

Art. 7º. [...]

Parágrafo único. Os entes federativos definirão os seguintes elementos em relação às Regiões de Saúde:

- I - seus limites geográficos;
- II - população usuária das ações e serviços;
- III - rol de ações e serviços que serão ofertados; e
- IV - respectivas responsabilidades, critérios de acessibilidade e escala para conformação dos serviços.

Relativamente à hierarquização no âmbito do SUS, o art. 8º é expresso quanto ao acesso pelas Portas de Entrada do SUS, as quais estão listadas no artigo seguinte:

Art. 8º. O acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas Portas de Entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a complexidade do serviço.

Art. 9º. São Portas de Entrada às ações e aos serviços de saúde nas Redes de Atenção à Saúde os serviços:

- I - de atenção primária;
- II - de atenção de urgência e emergência;
- III - de atenção psicossocial; e
- IV - especiais de acesso aberto.

Para assegurar o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde no SUS, os incisos do art. 13 estabelecem aos entes federados as seguintes atribuições:

- I - garantir a transparência, a integralidade e a equidade no acesso às ações e aos serviços de saúde;
- II - orientar e ordenar os fluxos das ações e dos serviços de saúde;
- III - monitorar o acesso às ações e aos serviços de saúde; e
- IV - ofertar regionalmente as ações e os serviços de saúde.

No que diz respeito ao planejamento da saúde, o Decreto estabelece um processo de planejamento ascendente e integrado, do nível local até o federal (art. 15), considerando as seguintes regras:

- § 1º O planejamento da saúde é obrigatório para os entes públicos e será indutor de políticas para a iniciativa privada.
- § 2º A compatibilização de que trata o caput será efetuada no âmbito dos planos de saúde, os quais serão resultado do planejamento integrado dos entes federativos, e deverão conter metas de saúde.
- § 3º O Conselho Nacional de Saúde estabelecerá as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, de acordo com as características epidemiológicas e da organização de serviços nos entes federativos e nas Regiões de Saúde.

Quanto à regulamentação da assistência à saúde, o art. 20 é explícito ao afirmar: *“A integralidade da assistência à saúde se inicia e se completa na Rede de Atenção à Saúde, mediante referenciamento do usuário na rede regional e interestadual, conforme pactuado nas Comissões intergestores”*.

Para definir tal integralidade, o art. 21 e seguintes criam a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), e o art. 25 e seguintes, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Ademais, no art. 28 são estabelecidos os critérios para que se tenha acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica:

- Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:
- I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS;
 - II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;
 - III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e
 - IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

A articulação interfederativa é objeto de apreciação no capítulo V, dispondo a respeito tanto das Comissões Intergestores (arts. 30 a 32) quanto dos COAPS - Contratos Organizativos de Ação Pública da Saúde (arts. 33 a 41).

Quanto às Comissões, o art. 30 faz referência à CIT, no âmbito da União, à CIB, no âmbito do Estado, e à CIR (Comissão Intergestores Regional), no âmbito regional. Já o art. 32 define os assuntos que serão pactuados por tais Comissões:

Art. 32. As Comissões Intergestores pactuarão:

I - aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, de acordo com a definição da política de saúde dos entes federativos, consubstanciada nos seus planos de saúde, aprovados pelos respectivos conselhos de saúde;

II - diretrizes gerais sobre Regiões de Saúde, integração de limites geográficos, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federativos;

III - diretrizes de âmbito nacional, estadual, regional e interestadual, a respeito da organização das redes de atenção à saúde, principalmente no tocante à gestão institucional e à integração das ações e serviços dos entes federativos;

IV - responsabilidades dos entes federativos na Rede de Atenção à Saúde, de acordo com o seu porte demográfico e seu desenvolvimento econômico-financeiro, estabelecendo as responsabilidades individuais e as solidárias; e

V - referências das regiões intraestaduais e interestaduais de atenção à saúde para o atendimento da integralidade da assistência.

Já o COAP, cujo objeto, de acordo com o art. 33: *“[...] é a organização e a integração das ações e serviços de saúde, sob a responsabilidade dos entes federativos em uma Região de Saúde, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência aos usuários”*, deverá conter as seguintes disposições essenciais:

Art. 36. O Contrato Organizativo da Ação Pública de Saúde conterà as seguintes disposições essenciais:

I - identificação das necessidades de saúde locais e regionais;

II - oferta de ações e serviços de vigilância em saúde, promoção, proteção e recuperação da saúde em âmbito regional e inter-regional;

III - responsabilidades assumidas pelos entes federativos perante a população no processo de regionalização, as quais serão estabelecidas de forma individualizada, de acordo com o perfil, a organização e a capacidade de prestação das ações e dos serviços de cada ente federativo da Região de Saúde;

IV - indicadores e metas de saúde;

V - estratégias para a melhoria das ações e serviços de saúde;

VI - critérios de avaliação dos resultados e forma de monitoramento permanente;

VII - adequação das ações e dos serviços dos entes federativos em relação às atualizações realizadas na RENASES;

VIII - investimentos na rede de serviços e as respectivas responsabilidades; e

IX - recursos financeiros que serão disponibilizados por cada um dos partícipes para sua execução.

Além disso, ele deverá observar as seguintes diretrizes básicas:

Art. 37. O Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde observará as seguintes diretrizes básicas para fins de garantia da gestão participativa:

- I - estabelecimento de estratégias que incorporem a avaliação do usuário das ações e dos serviços, como ferramenta de sua melhoria;
- II - apuração permanente das necessidades e interesses do usuário;
- e
- III - publicidade dos direitos e deveres do usuário na saúde em todas as unidades de saúde do SUS, inclusive nas unidades privadas que dele participem de forma complementar.

Os artigos 42 a 45 tratam das disposições finais.

5.7.1.4 A Lei Complementar nº 141/2012

A Lei Complementar nº 141/2012 teve por principal objetivo a regulamentação do §3º do artigo 198 da Constituição Federal, para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, bem como para estabelecer os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo.

De acordo com Santos (2012, p. 57), a LC nº 141 teve o mérito de tornar mais objetivo o que já estava previsto no art. 196, da CF, e nos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.080/90⁹.

A autora ensina que, com a Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi elevado à categoria de direito subjetivo público, de forma que

⁹Art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Art. 2º: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

Art. 3º: “A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social”.

passou a competir ao Estado o dever de garantir a saúde do cidadão e da coletividade mediante políticas sociais e econômicas que evitem o risco da doença e garantam o acesso às ações e serviços públicos de saúde. Diante do conceito trazido pelo art. 196 da CF, abandonou-se um sistema, cujo dever do Estado reativamente à saúde pública apenas consubstanciava-se apenas em evitar a propagação de doenças que colocavam em risco a saúde da coletividade, passando a saúde a ser garantida pela formulação e execução de políticas econômicas e sociais que evitam o agravo à saúde, além da prestação de serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação; Assim, a visão epidemiológica da questão saúde-doença, com o estudo de fatores sociais, ambientais, econômicos e educacionais que podem gerar a enfermidade, passou a integrar o direito à saúde, considerando, a partir de então, as suas determinantes e condicionantes, tais como alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, etc.; Impõe-se ao SUS o dever de identificar tais fatos sociais, e ao governo, o de atuar sobre eles, através das políticas públicas (p. 59).

Assim, conclui a autora, não se pode mais considerar a saúde isoladamente das condições que cercam o indivíduo e a coletividade; Para ela, o art. 196 da CF pode ser desdobrado em duas partes: a) Difusa: correspondente aos programas sociais e econômicos que visam à melhoria da qualidade de vida do cidadão, atuando sobre os determinantes e condicionantes da saúde (social, afetivo, familiar, etc.) e não apenas no aspecto da prestação dos serviços assistenciais; b) Objetiva: obriga o Estado a manter ações e serviços de saúde que promovam a saúde, por meio de uma rede de serviços regionalizados e hierarquizados, além da prevenção dos riscos de doença, bem como da recuperação os indivíduos que adoeçam.

De fato, justamente por explicitar tais dimensões da saúde, a LC 141 contribuiu para delimitar o direito à saúde que está no campo de atuação do SUS e aquele que se impõe ao Estado como um todo. Nesse sentido, ela cita a redação dos artigos 2º, 3º e 4º, da LC nº 141:

Art. 2º. Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, considerar-se-ão como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estatuídos no art. 7º da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, e às seguintes diretrizes:

I - sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito;

II - estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; e

III - sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população.

Parágrafo único. Além de atender aos critérios estabelecidos no caput, as despesas com ações e serviços públicos de saúde realizadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios deverão ser financiadas com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde.

Para a autora, a gratuidade das ações e serviços de saúde veio expressa na LC nº 141, diversamente do que ocorria na CF e na LOS, pois, embora esta trouxesse um dispositivo que tratasse da gratuidade (art. 43¹⁰), sua redação carecia de clareza e deixava margem a discussões, especialmente pela ausência de disposição constitucional quanto à gratuidade, ao passo que, para a educação, o art. 206, IV, da CF, foi expresso¹¹. Nesse ponto, ela ressalta que, embora o entendimento dos tribunais fosse no sentido de agregar gratuidade ao acesso universal, o reforço trazido pela LC em comento veio para consolidar tal entendimento.

Santos (2012, p. 63) estatui que o art. 3º trouxe a definição do que sejam despesas com saúde, ou seja, quais as ações e serviços de saúde para efeito de financiamento, o que, segundo ela, encerra um capítulo quanto à aplicação dos recursos da saúde relativamente às suas condicionantes e determinantes; Dessa forma, não mais prevalece a confusão, outrora existente, entre saúde e assistência social, buscando-se incluir na conta da saúde despesas com alimentação ou o saneamento básico, por exemplo. Esses fatores, de fato, condicionam a saúde, assim como a falta de moradia, degradação do meio ambiente, etc., mas não se confundem com ações e serviços de saúde:

Art. 3º. Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a:

I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;

¹⁰ Art. 43: “A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com entidades privadas”.

¹¹ Art. 206: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios [...] IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”.

- II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;
- III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS);
- IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS;
- V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;
- VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar;
- VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;
- VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças;
- IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;
- X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais;
- XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e
- XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

A autora trata, ademais, de outro ponto polêmico, o saneamento básico, o qual passa a ter explicitação mais consistente (em relação ao art. 32, §3º, da LOS¹²), sendo que, o saneamento a ser realizado pelo SUS e que pode ser financiado com seus recursos está delimitado nos incisos VI e VII da LC nº 141.

Santos (2012, p. 66) explica, ainda, que relativamente ao meio ambiente, afigura-se como serviço de saúde apenas o manejo ambiental vinculado ao controle de vetores de doenças. Ela ensina que as demais atividades devem ser objeto de outras áreas da Administração Pública, que não a saúde, ainda que tenham vinculação com esta.

Ademais, apenas o pagamento de pessoal ativo da saúde, que não esteja deslocado para outros setores, pode ser incluído no orçamento da saúde, bem como as ações de apoio administrativo, ou seja, as atividades-meio necessárias ao alcance das atividades-fim.

¹² Art. 32: “São considerados de outras fontes os recursos provenientes de [...] §3º: As ações de saneamento que venham a ser executadas supletivamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS) serão financiadas por recursos tarifários específicos e outros da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e, em particular, do Sistema Financeiro da Habitação (SFH)”.

Assim, no que tange ao conceito de integralidade da assistência à saúde, esta se reveste das limitações constantes da Lei nº 12.401/11 quanto às evidências científicas acerca da eficácia, efetividade e segurança da ação ou serviço de saúde, bem como deve comungar do entendimento da LC nº 141/12 sobre quais ações e serviços estão incluídos para fins de aplicação dos recursos mínimos. Portanto, a autora afirma que a RENASES e a RENAME (previstas da Lei nº 12.401/11¹³) são a expressão do padrão de integralidade no SUS, entendida a primeira, como um rol de ações e serviços suficiente, justo e respeitoso ao atendimento do direito à saúde e às necessidades de saúde da população, sendo que tal rol deverá ser definido, periodicamente, pelo Estado e pela Sociedade, para compreender as necessidades de saúde da pessoa e da coletividade, de acordo com os valores sociais, culturais e éticos da sociedade.

O artigo 4º, da LC 141/12 traz, por sua vez, a exclusão de algumas despesas outrora consideradas de saúde, ou, no mínimo, controversas, deixando, o legislador, explícitas as que o são (art. 3º) e as que não o são (art. 4º):

Art. 4º. Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de:

- I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde;
- II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área;
- III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal;
- IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º;
- V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade;
- VI - limpeza urbana e remoção de resíduos;
- VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais;
- VIII - ações de assistência social;
- IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e
- X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei

¹³ Art. 21: “A Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde”. Art. 25: “A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS”.

Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

Assim, o pagamento de aposentadorias e pensões, ainda que de servidores da saúde, é encargo da Previdência Social; Além disso, acaso estejam na ativa, mas prestando atividade alheia à saúde, também não é despesa de saúde. Ademais, no tocante à assistência à saúde que não atenda o princípio do acesso universal, Santos (2012, p. 71) refere-se às ações e serviços exclusivos dos servidores públicos, ou seja, restritos a uma determinada categoria profissional, as quais, por disposição expressa da lei, foram excluídas dos gastos de saúde.

Também foram excluídos dos gastos em saúde, as despesas com merenda escolar ou outros programas de alimentação, o saneamento básico e a limpeza urbana, além da preservação do meio ambiente realizadas pelos órgãos do meio ambiente ou por Organizações Não Governamentais (ONG's), pois representam despesas próprias da área ambiental.

Relativamente à assistência social, a autora explica que esta sempre foi confundida com ações de saúde, especialmente quando se entende que esta deve priorizar pessoas carentes, sendo que este entendimento está incorreto, pois a saúde pressupõe o acesso igualitário às suas ações e serviços, baseando-se nos princípios da igualdade e universalidade. Diversamente do que ocorre neste último caso, a assistência trabalha com mínimos existenciais, elevando as condições de vida das pessoas; tal conceito refere-se à equidade e não à igualdade.

Outrossim, as obras de infraestrutura realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde são aquelas que interferem na saúde mas que não estejam nesta área, a exemplo das pontes e estradas; tais obras estão vinculadas a outros setores administrativos.

Por fim, Santos (2012, p. 75) discorre a respeito das ações e serviços que sejam oriundos de outras fontes de recursos, que não as especificadas na LC nº 141/12, a exemplo daqueles provenientes do fundo de combate à pobreza ou com seguro DPVAT (Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres), os quais têm legislação e arrecadação específicas, não podendo ser computados tais gastos para se chegar ao gasto mínimo em saúde. Além disso, as atividades de saúde

que estejam em descompasso com os princípios do SUS (gratuidade, universalidade e igualdade), tal como a “Farmácia Popular”, não podem ser consideradas para o cômputo do mínimo em saúde. Ela salienta, entretanto, que tais restrições se referem aos percentuais mínimos em ações e serviços em saúde, sendo que poderão ser utilizados outros recursos na realização das atividades acima elencadas, desde que não os percentuais mínimos definidos nesta lei.

Tais percentuais encontram-se nos artigos seguintes, art. 5º, 6º, 7º e 8º:

Art. 5º. A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro.

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

Art. 6º. Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 7º. Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 8º. O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

Os parágrafos 2º e 3º, do art. 198, da CF¹⁴ foram incluídos pela EC nº 29/00, de forma a definir, por intermédio de Lei Complementar, quais

¹⁴ Art. 198: “[...] § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157

receitas tributárias estaduais e municipais seriam aplicados em saúde; Entretanto, tais percentuais foram provisoriamente definidos pelo art. 77 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), da CF¹⁵, o qual permaneceu em vigência até a edição da presente lei (LC nº 141/12).

Apesar de o projeto original prever, para a União, a aplicação de 10% do Produto Interno Bruto (PIB) em ações e serviços de saúde, tal dispositivo foi vetado, sendo que, em decorrência disso, a União deverá aplicar, anualmente, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior acrescido do percentual correspondente à variação nominal do PIB ocorrida no ano anterior. Os recursos da União serão repassados pelos órgãos federais competentes ao Fundo Nacional de Saúde (FNS) e às demais unidades orçamentárias que compõem o Ministério da Saúde. Dos recursos da União, deve ser destacado um valor, definido na LOA, a ser destinada aos Estados, Distrito Federal e Municípios, para aplicação em ações e serviços de saúde; Tais valores são repassados diretamente aos fundos de saúde e movimentados em contas específicas, mantidas por instituições financeiras oficiais federais. De acordo com Santos (2012, p. 77), a União é o único ente federativo que não aplica percentuais sobre receitas ou sobre o PIB.

Já os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o mínimo, 12% (doze por cento) da

e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º”.

§ 3º. “Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União”.

¹⁵ Art. 77. “Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: I - no caso da União: a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º”.

arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155¹⁶ e dos recursos de que tratam o art. 157¹⁷, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159¹⁸, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos Municípios; Em relação ao Distrito Federal, tal percentual será relativo ao produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

Os Municípios e o Distrito Federal, por sua vez, aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156¹⁹ e dos recursos de que tratam o art. 158²⁰ e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159²¹, todos da Constituição Federal; Tais recursos devem ser aplicados

¹⁶ Art. 155. “Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III - propriedade de veículos automotores”.

¹⁷ Art. 157. “Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal: I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; II - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I”.

¹⁸ Art. 159. “A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; [...] II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados”.

¹⁹ Art. 156. “Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”.

²⁰ Art. 158. “Pertencem aos Municípios: I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”.

²¹ Art. 159. “A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma: [...] b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; [...] § 3º - Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por

mediante fundos de saúde municipais, ou seja, uma conta específica da saúde, separando-se a execução dos recursos orçamentários da saúde dos demais.

Tanto os Estados quanto os Municípios deverão aplicar os recursos de saúde em fundos de saúde, o qual será à parte dos demais recursos do ente federativo, e será gerido através desse instrumento de execução contábil e orçamentária. Ademais, o art. 9º dessa LC estabelece que a base de cálculo dos percentuais da saúde incorpora qualquer compensação financeira de impostos ou percentuais constitucionais, bem como a dívida ativa, multa e juros de mora decorrentes da cobrança de impostos. Ela remata statuindo que as Constituições dos Estados e a as Leis Orgânicas dos Municípios podem contemplar valores maiores como mínimos de saúde, os quais se sobreporão ao mínimo estabelecido pela LC nº 141/12.

Santos (2012, p. 81) discorre a respeito dos fundos especiais, os quais se encontram disciplinados pela Lei nº 4.320/64 e referem-se uma modalidade de gestão de recursos que se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços. O Fundo Nacional de Saúde (FNS) foi criado pelo Decreto-lei nº 701/69; A sua gestão se dá sob a fiscalização do conselho de saúde da respectiva entidade estatal, incumbindo a ele, ademais, o controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros (art. 1º, § 2º, Lei nº 8.142/90).

Conforme disciplina a LC nº 141/12, o fundo deverá trabalhar internamente com contas específicas, relativamente à origem dos recursos e repasses obrigatórios e voluntários; Os recursos transferidos pela União aos entes federativos são fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

De acordo com o art. 14, dessa lei:

Art. 14. O Fundo de Saúde, instituído por lei e mantido em funcionamento pela administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, constituir-se-á em unidade orçamentária e gestora dos recursos destinados a ações e serviços públicos de saúde, ressalvados os recursos repassados diretamente às unidades vinculadas ao Ministério da Saúde.

A autora explica que os fundos de saúde sempre foram unidade de lançamento contábil dos recursos da saúde. A novidade é que eles

cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II”.

passam a se constituir em unidade orçamentária e gestora de todos os recursos da saúde; Para ela, isso significa dizer que por ser gestora, pode gerir recursos orçamentários e financeiros, e, sendo orçamentária, significa que recebe dotações específicas para a realização de seus programas, podendo delas dispor. Assim, o fundo de saúde é dotado do poder de gestão dos recursos orçamentários e tem competência para utilizar as dotações que receber.

No que tange aos critérios de rateio dos recursos da União para os Estados e Municípios, Santos (2012, p. 89) afirma ser, ao lado da vinculação de receitas tributárias à saúde, um dos fundamentos do financiamento da saúde pública e também a essência do federalismo cooperativo (combina competências comuns aos entes federativos), pois, além da saúde ser competência comum dos entes federativos, a estrutura do SUS impõe a integração dos serviços de tais entes, criando um sistema de cooperação obrigatória; Tal cooperação, segundo ela, é ínsita ao SUS e se baseia no princípio da diminuição das desigualdades regionais, promovendo a equidade.

Nessa perspectiva, diante das assimetrias federativas, a partilha de recursos da União para os Estados e Municípios é essencial para alcançar a equidade regional. Assim, diversos dispositivos constitucionais impõem a repartição das receitas tributárias da União com diferenciação para as regiões com maior carência socioeconômica (art. 151, I; art. 159, I, c; art. 161, II; art. 163, VII; art. 165, § 7º, art. 170, VII; art. 198, § 3º, II). Ela conclui que, é através da legislação tributária, do plano plurianual e dos planos e programas nacionais que se deve promover a equidade orçamentária entre as regiões do país, sendo a equidade regional uma pauta constitucional (art. 30, VII; art. 198, § 3º, II) e legal (art. 17, caput e § 2º da LC nº 141/12; e art. 35 da Lei nº 8.080/90).

Para a autora, tal cooperação é uma obrigação constitucional, sendo que todos os entes federados devem integrar seus serviços em rede regionalizada; Nesse sentido, o Decreto nº 7.508/11 trouxe o COAP (Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde), o qual foi instituído para definir as responsabilidades dos entes federativos na integração dos serviços em rede. O princípio da diminuição das disparidades regionais é imperativo para garantir a

integralidade da assistência à saúde, de forma que, sem rede de ações e serviços de saúde e sem região de saúde equitativa, a integralidade da assistência à saúde fica comprometida, posto que dependente de regiões mais favorecidas, que concentrem ações e serviços de maior qualidade e densidade tecnológica.

Dessa forma, com o objetivo de possibilitar tal cooperação, o art. 17, da LC nº 141/12 define as regras para a partilha dos recursos da União para os Estados e Municípios, e dos Estados para os Municípios:

Art. 17. O rateio dos recursos da União vinculados a ações e serviços públicos de saúde e repassados na forma do caput dos arts. 18 e 22 aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde e, ainda, o disposto no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, de forma a atender os objetivos do inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal.

Santos (2012, pp. 97-98) ensina que a decisão acerca da metodologia de rateio dos recursos da União aos Estados e Municípios deve ser levada à CIT e deve se dar a partir dos critérios legais expressos nessa lei complementar e no art. 35 da LOS²².

Assim, primeiramente caberá à CIR definir a metodologia a ser utilizada pela União para apurar, a partir do montante anual, os valores a serem transferidos para cada ente federativo, sendo que tal metodologia deverá ser aprovada pelo CNS; Ela deverá definir como os critérios serão ponderados e como os recursos serão aplicados na área da saúde, sempre tendo em mente a equidade, promovendo-se uma discriminação positiva no sentido de prover melhores a população mais necessitada, com vistas à redução das desigualdades.

No que diz respeito à forma de transferência direta e automática da partilha dos recursos, a autora cita o § 3º do art. 17, art. 18, o art. 27 e o art. 30 e seus parágrafos, todos da LC nº 141/12:

²² Art. 35. “Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos: I - perfil demográfico da região; II - perfil epidemiológico da população a ser coberta; III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área; IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior; V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais; VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede; VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo”.

Art. 17. [...] § 3º O Poder Executivo, na forma estabelecida no inciso I do caput do art. 9º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, manterá os Conselhos de Saúde e os Tribunais de Contas de cada ente da Federação informados sobre o montante de recursos previsto para transferência da União para Estados, Distrito Federal e Municípios com base no Plano Nacional de Saúde, no termo de compromisso de gestão firmado entre a União, Estados e Municípios.

Art. 18. Os recursos do Fundo Nacional de Saúde, destinados a despesas com as ações e serviços públicos de saúde, de custeio e capital, a serem executados pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios serão transferidos diretamente aos respectivos fundos de saúde, de forma regular e automática, dispensada a celebração de convênio ou outros instrumentos jurídicos.

Art. 27. Quando os órgãos de controle interno do ente beneficiário, do ente transferidor ou o Ministério da Saúde detectarem que os recursos previstos no inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal estão sendo utilizados em ações e serviços diversos dos previstos no art. 3º desta Lei Complementar, ou em objeto de saúde diverso do originalmente pactuado, darão ciência ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público competentes, de acordo com a origem do recurso, com vistas: I - à adoção das providências legais, no sentido de determinar a imediata devolução dos referidos recursos ao Fundo de Saúde do ente da Federação beneficiário, devidamente atualizados por índice oficial adotado pelo ente transferidor, visando ao cumprimento do objetivo do repasse; II - à responsabilização nas esferas competentes.

Art. 30. Os planos plurianuais, as leis de diretrizes orçamentárias, as leis orçamentárias e os planos de aplicação dos recursos dos fundos de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão elaborados de modo a dar cumprimento ao disposto nesta Lei Complementar. § 1º. O processo de planejamento e orçamento será ascendente e deverá partir das necessidades de saúde da população em cada região, com base no perfil epidemiológico, demográfico e socioeconômico, para definir as metas anuais de atenção integral à saúde e estimar os respectivos custos. § 2º. Os planos e metas regionais resultantes das pactuações intermunicipais constituirão a base para os planos e metas estaduais, que promoverão a equidade interregional. § 3º Os planos e metas estaduais constituirão a base para o plano e metas nacionais, que promoverão a equidade interestadual. § 4º Caberá aos Conselhos de Saúde deliberar sobre as diretrizes para o estabelecimento de prioridades.

Para ela, todos esses critérios devem ser combinados, sempre com o objetivo de diminuir as desigualdades regionais e garantir as necessidades de saúde da população; Assim, não mais se torna possível a adoção de um valor fixo, tal como ocorria com o PAB (Piso da Atenção Básica) fixo, o qual se fixava um valor *per capita* com base, exclusivamente, no critério demográfico. Assim, na nova sistemática, ela sugere que seja adotado um sistema de valoração dos critérios, para se garantir mais equidade entre eles, privilegiando-se o que produzirá maior equidade orçamentário-financeira.

Relativamente às metas e compromissos a serem estabelecidos entre os entes federativos, a autora sugere que os valores a serem repassados podem se vincular a determinada categoria de metas (ex.: da atenção básica ou primária) ou então, que o valor global de cada ente esteja vinculado, por contrato, aos objetivos e metas pactuados anualmente, de forma que o critério para o repasse do valor seja o desempenho alcançado na execução do contrato, a ser medido conforme o Índice de Desempenho do SUS (IDSUS).

Ademais, Santos (2012, pp. 106-107) estatui que, na própria metodologia de cálculo, deverá ser prevista a forma de revisão anual, bianual ou plurianual dos critérios, tendo em vista a sua temporalidade, bem como a operacionalidade das revisões diante do tempo necessário para que ocorram mudanças nas condições de saúde da população.

Dessa forma, considerando-se os critérios para transferências de recursos da União para os 27 estados e 5.565 municípios, deve-se considerar não só a metodologia definida pela CIT e aprovada pelo CNS, como também devem ser respeitados os compromissos multilaterais firmados entre os entes federativos nos contratos previstos no Decreto nº 7.508/11, os quais trazem metas e objetivos nacionais, estaduais e regionais, sempre em compatibilidade com os planos de saúde dos entes federativos, inclusive o Plano Nacional de Saúde (PNS).

Os planos devem constituir a base de todas as atividades do SUS, sendo que os programas de saúde, provenientes da política de saúde, devem ser contemplados nos objetivos e metas de tais planos. O COAP, previsto no art. 34 do Decreto nº 7.508/11²³, por sua vez, é o documento jurídico que definirá a integração das ações e serviços dos entes federativos, de acordo com a região de saúde; O seu objetivo, conforme disposto no art. 35 do Decreto²⁴, transcende as transferências financeiras, organizando, de fato, o

²³ Art. 34. “O objeto do Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde é a organização e a integração das ações e dos serviços de saúde, sob a responsabilidade dos entes federativos em uma Região de Saúde, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência aos usuários”.

²⁴ Art. 35. “O Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde definirá as responsabilidades individuais e solidárias dos entes federativos com relação às ações e serviços de saúde, os indicadores e as metas de saúde, os critérios de avaliação de desempenho, os recursos financeiros que serão disponibilizados, a forma de controle e fiscalização da sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde”.

SUS, e promovendo a integração dos serviços em rede regionalizada; Para a autora, as transferências da União prescindem de tal contrato, sendo que os recursos deixam de ser repassados de forma regular, direta e automática sem prévia estipulação dos compromissos, sua aplicação e resultados esperados; Ademais, a existência de fundo, conselho e plano de saúde será comprovada de modo informatizado, através do SIOPS.

Outrossim, no que se refere ao recurso de capital, o qual também deverá ser transferido de forma direta e automática, sendo incorporado nos valores globais a serem transferidos; Ele tem por fundamento a redução das desigualdades na oferta de ações e serviços públicos de saúde, bem como garantir a integralidade da atenção à saúde.

A autora discorre também sobre os consórcios públicos, cuja previsão se deu no art. 21 da LC nº 141/12²⁵, uma vez que a saúde pública, organizada na forma de uma rede regionalizada e hierarquizada pressupõe a necessidade e permanente e constante interação dos gestores; Tais consórcios públicos serão constituídos por contrato e os recursos a eles destinados são objeto de contrato de rateio.

No que tange aos critérios de partilha dos recursos dos Estados para os Municípios, de acordo com Santos (2012, p. 117), eles estão previstos no art. 19 da LC nº 141/12:

Art. 19. O rateio dos recursos dos Estados transferidos aos Municípios para ações e serviços públicos de saúde será realizado segundo o critério de necessidades de saúde da população e levará em consideração as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica e espacial e a capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde, observada a necessidade de reduzir as desigualdades regionais, nos termos do inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal.

O rateio de recursos se dará conforme as necessidades de saúde da população e levará em conta as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica e espacial e a capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde; O primeiro critério é, portanto, a necessidade de saúde da população, sendo a metodologia diversa da transferência de recursos pela

²⁵ Art. 21. “Os Estados e os Municípios que estabelecerem consórcios ou outras formas legais de cooperativismo, para a execução conjunta de ações e serviços de saúde e cumprimento da diretriz constitucional de regionalização e hierarquização da rede de serviços, poderão remanejar entre si parcelas dos recursos dos Fundos de Saúde derivadas tanto de receitas próprias como de transferências obrigatórias, que serão administradas segundo modalidade gerencial pactuada pelos entes envolvidos”.

União, pois a metodologia para a alocação dos recursos e a previsão anual do seu montante se dá na CIB, devendo ser aprovada pelo Conselho Estadual de Saúde.

Ademais, no que tange à alocação de tais recursos, a autora afirma que os critérios devem ser os mesmos para a alocação e para a partilha dos recursos do Estado. Por fim, quanto à transferência dos recursos, ela deve se dar fundo a fundo, de forma regular e automática; Quando houver a celebração de contrato (Decreto nº 7.508/11), deve nele constar previsão quanto aos valores das transferências do Estado afetas a cada Município integrante de uma região de saúde.

Santos (2012, p. 125) assevera que a LC nº 141/12 não prevê qualquer exigência para as transferências interfederativas obrigatórias, exceto a instituição e o funcionamento do fundo e do conselho de saúde, bem como a elaboração do plano de saúde; Tais disposições seguem o disposto no art. 160, da CF, o qual permite, excepcionalmente, a suspensão das transferências dos recursos das receitas tributárias da União no caso de descumprimento da aplicação dos percentuais mínimos em saúde. Assim, conforme dispõe o art. 25 dessa lei²⁶, caso não tenham sido aplicados tais percentuais, eles deverão ser apurados e corrigidos, devendo ser acrescido ao montante mínimo do exercício subsequente ao da apuração da diferença; Ademais, a competência para verificar a aplicação dos recursos mínimos é dos tribunais de contas, mas o Ministério da Saúde deverá manter um registro eletrônico centralizando as informações de saúde referentes aos orçamentos públicos (e sua execução) de todos os entes federativos, permitido, inclusive, o acesso ao público.

Conforme disposto no art. 26 e seus §§, da mesma lei²⁷, os entes federativos deverão comprovar a aplicação dos valores adicionais, ou

²⁶ Art. 25. “Eventual diferença que implique o não atendimento, em determinado exercício, dos recursos mínimos previstos nesta Lei Complementar deverá, observado o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 160 da Constituição Federal, ser acrescida ao montante mínimo do exercício subsequente ao da apuração da diferença, sem prejuízo do montante mínimo do exercício de referência e das sanções cabíveis”.

²⁷ Art. 26. “Para fins de efetivação do disposto no inciso II do parágrafo único do art. 160 da Constituição Federal, o condicionamento da entrega de recursos poderá ser feito mediante exigência da comprovação de aplicação adicional do percentual mínimo que deixou de ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde no exercício imediatamente anterior, apurado e divulgado segundo as normas estatuídas nesta Lei Complementar, depois de expirado o prazo para publicação dos demonstrativos do encerramento do exercício previstos no art. 52 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000”.

seja, que faltaram em um exercício e que deveriam ser aplicados no outro, como condição para o recebimento dos recursos das partilhas da União e dos Estados no ano seguinte, cabendo, ainda, a suspensão pela União das receitas tributárias destinadas aos fundos de participação dos Estados e dos Municípios.

Santos (2012, pp. 131-133) discorre acerca do TAS (Termo de Ajustamento Sanitário), o qual tem por finalidade de acordar com o ente federativo a reaplicação de recursos utilizados fora dos padrões previstos em portarias; Ela ensina que, diversamente do que ocorria anteriormente, a pessoa física do gestor público não mais pode ser chamada a fazer qualquer reposição ao fundo de saúde, devendo o recurso ser reposto ao próprio fundo de saúde do ente faltoso para ser aplicado no compromisso ajustado; Assim, o recurso financeiro oriundo de transferência interfederativa não aplicado no que foi pactuado, cuja comprovação se dá mediante simples comprovação de que não foi aplicado, deve ser reposto pelo próprio ente faltoso.

O processo de planejamento em saúde vem delimitado no § 1º, do art. 30 dessa lei:

Art. 30. [...] § 1º. O processo de planejamento e orçamento será ascendente e deverá partir das necessidades de saúde da população em cada região, com base no perfil epidemiológico, demográfico e socioeconômico, para definir as metas anuais de atenção integral à saúde e estimar os respectivos custos.

A autora ensina que o planejamento público em saúde é obrigatório, não podendo haver ações e programas que não decorram das leis orçamentárias, do planejamento, do plano de saúde e de suas programações anuais; Ademais, as prioridades em saúde devem ser estabelecidas pelos conselhos de saúde, respeitando-se as diretrizes orientadoras dos planos de saúde, as quais são, por sua vez, estabelecidas pelo CNS, relativamente ao plano nacional de saúde²⁸, e pelos demais conselhos de cada ente federativo (estadual e municipais), de forma que estes estabelecem as diretrizes de seus planos de saúde, fixando suas respectivas prioridades. A autora conclui que os planos de saúde devem ser integrados, devendo ser respeitadas as diretrizes nacionais definidas pelo CNS.

²⁸ Art. 37. “O Conselho Nacional de Saúde estabelecerá as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, em função das características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada jurisdição administrativa”.

Santos (2012, p. 142) discorre a respeito da transparência e visibilidade da gestão da saúde, as quais estão previstas entre os arts. 31 e 36 da LC nº 141/12, ensinando que as ações de transparência são as que visam publicizar os gastos com a saúde, em especial para o controle da aplicação do mínimo em saúde:

Art. 31. Os órgãos gestores de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios darão ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, das prestações de contas periódicas da área da saúde, para consulta e apreciação dos cidadãos e de instituições da sociedade, com ênfase no que se refere a: I - comprovação do cumprimento do disposto nesta Lei Complementar; II - Relatório de Gestão do SUS; III - avaliação do Conselho de Saúde sobre a gestão do SUS no âmbito do respectivo ente da Federação.

Art. 36. O gestor do SUS em cada ente da Federação elaborará Relatório detalhado referente ao quadrimestre anterior, o qual conterá, no mínimo, as seguintes informações: I - montante e fonte dos recursos aplicados no período; II - auditorias realizadas ou em fase de execução no período e suas recomendações e determinações; III - oferta e produção de serviços públicos na rede assistencial própria, contratada.

Existe previsão, ainda, de uma prestação de contas por meio eletrônico, o qual deverá enfatizar o cumprimento do disposto nessa lei, o relatório de gestão do SUS e a avaliação do conselho de saúde sobre a gestão do SUS no respectivo ente federativo. A autora ensina, ademais, que deverá haver prestações de contas parciais, em fevereiro, maio e setembro, sendo que serão apresentadas às casas legislativas. Por fim, ela afirma que se deve incentivar a participação popular e a realização de audiências públicas, especialmente durante o processo de elaboração e discussão do plano de saúde.

Em se tratando da prestação de contas com o demonstrativo das despesas em saúde, a autora ensina que o Poder Executivo deverá publicar balanços com as receitas correntes e as despesas em ações e serviços públicos de saúde, bem como relatórios de gestão; Estes serão elaborados pelo gestor de saúde de cada ente federativo, e devem se referir ao quadrimestre anterior, contendo as seguintes informações: *“I – montante e fonte dos recursos aplicados no período; II – auditorias realizadas ou em fase de execução; III – oferta e produção de serviços públicos na rede assistencial própria, contratada e conveniada, cotejando esses dados com os indicadores de saúde da população em seu âmbito de atuação”*. Tal relatório é

encaminhado ao conselho de saúde respectivo, cabendo a este emitir parecer conclusivo acerca do cumprimento da LC nº 141/12.

O art. 32 da lei exige que os órgãos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios mantenham registro contábil das despesas com ações e serviços de saúde. Já a prestação de contas de que trata o art. 33 deve observar todos os requisitos do art. 198 da CF. Haverá, ainda, o controle externo, a ser exercida pelo Poder Legislativo, cuja previsão se encontra no art. 38 da lei:

Art. 38. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, do sistema de auditoria do SUS, do órgão de controle interno e do Conselho de Saúde de cada ente da Federação, sem prejuízo do que dispõe esta Lei Complementar, fiscalizará o cumprimento das normas desta Lei Complementar, com ênfase no que diz respeito: I - à elaboração e execução do Plano de Saúde Plurianual; II - ao cumprimento das metas para a saúde estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias; III - à aplicação dos recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, observadas as regras previstas nesta Lei Complementar; IV - às transferências dos recursos aos Fundos de Saúde; V - à aplicação dos recursos vinculados ao SUS; VI - à destinação dos recursos obtidos com a alienação de ativos adquiridos com recursos vinculados à saúde.

Quando do descumprimento das disposições constantes da LC nº 141/11, Santos (2012, p. 155) ensina que o Ministério da Saúde deverá dar ciência à direção local do SUS e ao respectivo conselho de saúde, bem como aos órgãos de auditoria do SUS, ao Ministério Público, e aos órgãos de controle interno e externo do respectivo ente da Federação, sem prejuízo das penalidades cabíveis, tais como, a suspensão das transferências voluntárias entre os entes da Federação.

A autora aponta, em remate às suas considerações acerca da LC nº 141/12, que a União deverá cooperar técnica e financeiramente com os entes federativos quanto à organização e execução orçamentárias dos fundos de saúde, sendo esta última relativa à entrega de bens e valores, bem como o financiamento por instituições financeiras federais, e aquela primeira concernente à garantia de programas de educação em saúde para os membros dos conselhos de saúde.

5.7.1.5 O Relatório da “CPI-Medicamentos”

O Poder Legislativo, no exercício da função fiscalizatória, que também lhe é típica, pôde demonstrar o papel de sua efetiva atuação o “Relatório da CPI-Medicamentos”, cujo objeto de investigação foram os aumentos constantes e excessivos de preços de medicamentos, os acordos realizados por laboratórios para impor preços e a falsificação de vários tipos de remédios.

A transcrição dos trechos a seguir revela o caráter investigativo desse instituto, cuja atribuição do exercício coube ao Poder Legislativo:

A Comissão Parlamentar de Inquérito é um instrumento de defesa dos cidadãos e do Estado de Direito. Os poderes de investigação decorrem do poder de controle, não podendo se estender além deste. Assim, os objetivos primordiais da CPI são adequar a legislação aos fatos sociais e às necessidades coletivas, informar a população e exercer controle e fiscalização sobre os atos estatais e de particulares que exercem atividade de interesse público e defender os cidadãos contra abusos cometidos, quer pelo Poder Público, quer no âmbito da atividade privada (p. 11).

Como é sabido, os poderes conferidos pela Constituição, no seu art. 58, § 3º, às Comissões Parlamentares de Inquérito, restringem-se exclusivamente à investigação dos fatos, não tendo a CPI qualquer função judicante, diante do que não pode aplicar qualquer tipo de punição aos investigados. O objetivo primordial de sua atividade é a produção e atualização legislativa, como forma de defesa dos interesses da sociedade (p. 34)

Não apenas foram devidamente investigados os fatos, como, também houve a consignação ao Poder Executivo para que aplicasse penalidades ou para que adotasse certos procedimentos, tais como:

[...] que o Poder Executivo determine, sob pena de omissão, ao CADE para que, se comprovada a formação do cartel de que trata o Processo Administrativo nº 08012.009088/99-48, entre as penalidades aplicadas se considere a possibilidade de, nos medicamentos patenteados, licenciar, compulsoriamente, os direitos dela decorrentes por prazo que for julgado proporcional à infração praticada [...] (p. 85)

[...] definir a RENAME como listagem padrão para todas as compras governamentais, em qualquer esfera de governo, com as devidas adequações ao perfil epidemiológico e capacidade resolutiva dos respectivos sistemas de saúde [...] (p.131)

A CPI é, de fato, um instrumento democrático, que visa salvaguardar os direitos dos cidadãos das ingerências dos outros Poderes

estatais, reequilibrando, assim, a separação dos poderes. Vale transcrever a sua conclusão:

Assim, entendemos que os “fatos determinados” que deram origem à criação desta CPI foram competente e devidamente tratados e as soluções pertinentes encaminhadas, obedecidas, obviamente, as regras constitucionais inerentes à organização estatal em que ao Congresso cumpre legislar e fiscalizar, ao Poder Executivo administrar e ao Poder Judiciário julgar (p. 379).

5.7.3 O Desempenho do Poder Judiciário

A art. 5º, inciso XXXV, da CF, estatui: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Segundo Barroso (2010, p. 6), a doutrina da efetividade das normas constitucionais trouxe consigo a mudança de três paradigmas: a atribuição de normatividade plena à Constituição Federal; a ascensão do Poder Judiciário na concretização dos direitos e valores constitucionais e a imputação de um objeto próprio e autônomo ao direito constitucional.

Quanto trata do constitucionalismo, o autor expõe que o seu objeto: o respeito aos direitos fundamentais (liberdade, igualdade e mínimo existencial), sendo a dignidade humana o centro de irradiação desses direitos. Complementa que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm o dever de realizar os direitos fundamentais na maior extensão possível, tendo como limite apenas o seu núcleo essencial, que é a dignidade humana (BARROSO, 2010, p. 10).

Aith (2008, p. 79) discorre que o reconhecimento da saúde como direito humano social nos artigos 6º e 196, da Constituição Federal vigente, além dos documentos internacionais assinados e ratificados pelo Brasil, exigem do Estado “*a organização de uma rede de serviços públicos de saúde para a sua promoção, proteção e recuperação*”; por outro lado, segue o autor, em sendo reconhecido, também, como direito individual ou direito subjetivo público, é também oponível ao Estado por meio de ação judicial específica.

Já no atinente às competências atribuídas a cada um dos Poderes Estatais, Barroso (2010, p. 11) define que ao Legislativo cabe a

elaboração das leis, ao Executivo, a alocação de recursos e a formulação e execução das políticas públicas e ao Judiciário a defesa dos direitos fundamentais quando estes forem atingidos, de forma a *“impor ou invalidar ações administrativas ou políticas públicas”*.

Aith (2008, p. 81), por sua vez, divide os atos estatais com vistas à efetivação do direito à saúde em: legislativos, executivos e judiciais; Os primeiros dar-se-ão por meio da elaboração de leis para a proteção do direito à saúde; os segundos através da execução de políticas públicas, atendimento clínico e hospitalar, bem como pela regulamentação e aplicação de alguma lei; já os terceiros ocorrem quando há lesão ao direito à saúde e exige-se, portanto, o exercício da jurisdição para tutelá-lo.

Quanto ao tema do exercício do poder regulamentar, ou seja, a expedição de regulamentos pelo Poder Executivo, Grau (1996, p. 189) defende a existência de três espécies de regulamentos: executivos ou de execução, autorizados (comumente chamados de “delegados”) e autônomos ou independentes. Segundo o autor, os decretos executivos decorrem da atribuição do exercício de função normativa explícita na Constituição Federal e destinam-se ao desenvolvimento da lei, deduzindo os seus comandos; Os autorizados, por sua vez, têm atribuída a função normativa por meio de ato legislativo, podendo criar obrigações de fazer ou de não fazer; Já os regulamentos autônomos possuem a função normativa oriunda implicitamente na Constituição Federal e têm como meta a viabilização da atuação do Estado no desenvolvimento da função administrativa.

Aith (2008, pp. 99-100) arrola as competências do Poder Judiciário: apreciar todas as demandas que chegarem ao seu conhecimento sobre lesões ou ameaças de lesões ao direito à saúde.

A conclusão dos autores citados implica na necessidade de atuação conjunta e equilibrada dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na efetivação do direito à saúde, cada qual atuando em setores previamente determinados pela Constituição Federal, Leis ou até mesmo Portarias do Ministério da Saúde.

5.7.3.1 O Direito Social e o Direito Público Subjetivo a Prestações de Saúde

Em um contexto de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, Barcellos (2008, p. 133) discorre a respeito da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, especialmente do direito à saúde, apontando como dificuldades hodiernas: a) Enunciados normativos que versam sobre a vida e a saúde protegem bens da vida que não suportam gradações; b) Não se sabe quais prestações de saúde devem ser oferecidas pelo Poder Público; c) A decisão judicial que engaja um tratamento ou medicamento é sempre “trágica”, pois prioriza determinadas situações em detrimento de outras; d) A autoridade pública se exime de executar as opções constitucionais, deixando-as a cargo do Poder Judiciário para efetuar toda e qualquer prestação de saúde; e e) A saúde básica não é atendida pelo legislador, administrador ou juiz, pois raramente se procura o Judiciário para obter tratamentos básicos.

Para a autora, os enunciados normativos que tratam do tema da saúde assumem a forma de princípios indeterminados quanto aos efeitos e fins que pretendem atingir, e, além disso, assumem uma multiplicidade de meios e condutas a serem realizadas. Entretanto, a concretização das disposições constitucionais nem sempre é atribuída ao Legislativo e ao Executivo, pois a própria CF, por vezes, indica os efeitos por ela pretendidos, não trazendo um conjunto de cláusulas vazias que transmite ao legislador ordinário ou ao administrador a total liberdade de dispor sobre seu conteúdo, pois tal possibilidade esvaziaria a fundamentalidade de seus comandos e eliminaria o seu sentido de proteção.

Ela ensina, ademais, que como não é possível precisar toda a extensão de seus efeitos, admite-se um conteúdo mínimo, prevendo o respeito a determinadas condições, sob pena de sua violação; Além desse mínimo, o enunciado normativo será desenvolvido em função das escolhas do Legislativo e do Executivo em cada momento histórico. Dessa forma, as prestações que fazem parte do mínimo existencial são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos, podendo o Poder Judiciário determinar, concretamente, o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na CF.

Para definir o mínimo existencial em saúde, a autora se vale de dois parâmetros: relação custo-benefício (prestação de saúde de menor custo para atender de forma eficaz o maior número de indivíduos) e prestações de saúde de que todos necessitam (conjunto comum e básico de prestações de saúde que se adequam às prioridades estabelecidas pela CF, tais como a medicina preventiva e as ações de prevenção epidemiológica). Ela aponta, ademais, como um terceiro critério, as condições mínimas obrigatórias para os planos de saúde privados. A autora salienta, entretanto, que o intérprete e o aplicador deverão considerar os princípios da razoabilidade, economicidade e isonomia no caso concreto (p. 138).

Barcellos (2008, p. 147) discorre sobre o direito a prestações sob as perspectivas coletiva e abstrata, estatuído que deve haver tanto a tutela individual quanto coletiva do direito à saúde, sendo que, da mesma forma que o indivíduo privado da fruição de um bem e serviço de saúde pode pleiteá-lo na esfera individual, pode-se, coletivamente, de forma direta ou por meio do Ministério Público ou da Defensoria Pública, pretender o cumprimento do dever estatal (ex.: exigir a instalação de um posto de saúde).

A autora ensina que, se o Estado assumiu o dever de oferecer determinada prestação em matéria de saúde, suas escolhas orçamentárias devem ser coerentes com esse dever; sendo ele descumprido, poderá ser objeto de controle jurisdicional. Dessa forma, tal prestação integra o conceito de mínimo existencial, sendo que tal dever implica na destinação dos recursos para o seu cumprimento, sob pena de ser invalidada a alocação orçamentária por meio de ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) ou ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Para ela, ao contrário do que ocorre na esfera individual, em que é possível o argumento da reserva do possível, no plano coletivo deverá ser examinado o contexto geral das políticas discutidas, o que favorece o conhecimento das dimensões das necessidades e dos recursos disponíveis, examinando-se, ademais, a alocação dos recursos e a definição das prioridades em geral.

Em se tratando do mínimo existencial, o qual a autora conceitua como o conjunto de prioridades constitucionalmente definidas para a ação estatal, ela dispõe que tal noção foi desenvolvida para impedir as alegações da “reserva do possível”. Entretanto, ao se conceder uma prestação

de saúde a um indivíduo, ao argumento de que ela integra o mínimo existencial, o magistrado reconhece tal direito para todos e não apenas para aquele que buscou o Judiciário, ao passo que diversas prestações incluídas no mínimo existencial continuam sem cumprimento, pois, para a autora, não se pode negar que o cumprimento das decisões judiciais reduz os recursos para o atendimento do restante da coletividade. Assim, ela desenvolve a discussão do tema sob a perspectiva coletiva, visando minimizar essas distorções, de forma a fornecer ao magistrado uma melhor percepção da alocação de recursos, a qual deve buscar a realização dos fins constitucionais.

No que tange à possibilidade de adaptação do conceito de mínimo existencial às alterações sociais, a autora ensina que o termo é abrangente e considera as circunstâncias e possibilidades da sociedade, tanto financeiras quanto econômicas e culturais. Para ela, entretanto, na esfera das ações individuais, o magistrado dificilmente terá condições de fazer essa avaliação pela falta de dados (ex.: sobre a situação do atendimento no país), os quais podem ser examinados de forma mais consistente no controle coletivo ou abstrato, viabilizando a evolução do conceito de mínimo existencial.

Barcellos (2008, p. 155) estatui que as definições a respeito das políticas públicas estão, em princípio, adstritas à política majoritária, a qual define o quanto se deve gastar de recursos públicos e com qual finalidade; Entretanto, para ela, o gozo adequado dos direitos fundamentais e o funcionamento regular da democracia exigem o controle social das políticas públicas, de forma que os indivíduos participem, conscientemente, do processo político democrático e dialoguem no espaço público; Sem tal controle, a gestão das políticas públicas tende a ser marcada pela corrupção, ineficiência e clientelismo, fatores que as impedem de atingirem sua finalidade: garantir e promover os direitos fundamentais com prioridade ao mínimo existencial. Ademais, ela ressalta que as opções constitucionais concretas, embora interpretadas de maneira mais ou menos ampla pelo legislador, não podem ser ignoradas, e, dessa forma, justificam-se as intervenções do Direito na política, pois a efetivação do direito à saúde encontra-se na fronteira entre o Direito e o processo político.

Silva (2008, p. 587), por sua vez, busca conciliar a previsão de direitos sociais na Constituição Federal e a necessidade de seu cumprimento,

apontando a impossibilidade de tratá-los apenas como direitos individuais, pois não se pode ignorar as políticas públicas já existentes.

Ele diferencia o papel dos juízes na dicotomia Estado Liberal x Estado Social, asseverando que tal distinção se refere à estrutura dos deveres negativos e positivos, dos direitos individuais e sociais. Na hipótese dos direitos individuais (deveres negativos), há um não fazer do Estado, de forma que não se exige a alocação de recursos financeiros; Já no caso dos direitos sociais (deveres positivos), exige-se uma conduta positiva do Estado, com o dispêndio de gastos públicos e, portanto, há interferência nas questões orçamentárias e na definição das políticas públicas.

Ao tratar do custo dos direitos, o autor recorre a Abramovich e Courtis que afirmam serem custosos tanto os direitos positivos quanto os negativos, de forma que não há lógica em se diferenciar os direitos entre positivos e negativos, tampouco dividi-los em duas categorias distintas de direitos, dado que ambos requerem gastos estatais para a sua realização e proteção.

Nessa perspectiva ele questiona o motivo pelo qual há efetividade dos direitos individuais, mas não dos direitos sociais, concluindo que é necessário se encontrar um meio termo entre a implementação das políticas públicas que realizam os direitos sociais e o controle do Judiciário, complementando-as e corrigindo-as quando necessário. Ele ressalta, entretanto, que a realização dos direitos sociais é mais custosa, pois, além dos gastos institucionais (manutenção das instituições políticas e jurídicas) trazem grande alocação de recursos públicos, e, nesse ponto, reside a importante diferença entre as decisões que garantem ou realizam um direito civil ou político daquelas que garantam ou realizem um direito social ou econômico.

Silva (2008, pp. 595-596) discorre, ademais, a respeito da justiciabilidade que os juristas conferem aos direitos sociais, estatuidando que estes acabam por ser tratados como direitos individuais, ao arrepio de seu caráter coletivo. Para ele, portanto, os juízes têm legitimidade para discutir as políticas públicas, mas o ativismo judicial deve ser limitado por um série de razões estruturais, pois depende de mudanças na educação jurídica, na organização dos tribunais, e nos procedimentos judiciais, para que os direitos sociais passem a ser tratados, e sobre eles se decida, de forma coletiva.

Portanto, em um cenário de recursos escassos, em que é necessário tomar a decisão sobre como e onde os recursos públicos devem ser aplicados, o autor indaga se os juízes teriam legitimidade e capacidade para decidir quanto às políticas públicas. Nesse diapasão, o autor assevera que o controle de constitucionalidade é um ponto inquestionável do sistema constitucional é a existência de um amplo controle de constitucionalidade pelo Judiciário; Noutro lanço, ele estatui que este deveria canalizar as demandas individuais, estabelecendo um diálogo constitucional, de forma a exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação dos recursos públicos nas políticas governamentais, questionando tais alocações se necessário.

Para Silva (2012, pp. 597-598) o papel mais importante do Judiciário é controlar as políticas públicas, respeitando a sua existência, para que não sejam determinadas realocações irracionais e individualistas dos recursos escassos, para que se consiga realizar com maior eficiência os direitos sociais.

De outro lanço, Sarlet e Figueiredo (2008, pp. 179-180) defendem que o debate em torno dos direitos fundamentais e sua eficácia social, através da judicialização do direito à saúde, está cada vez mais frequente.

Os autores instauram a controvérsia quanto à fundamentalidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Para eles, os direitos sociais abrangem tanto direitos a prestações quanto direitos de defesa. Estes, também chamados de direitos negativos, ou seja, de não intervenção na liberdade pessoal e nos bens tutelados pela CF, têm uma dimensão positiva, pois a sua efetivação exige uma atuação positiva do Estado e da sociedade; Do mesmo modo, os direitos a prestações ou direitos positivos, também exigem posições negativas, especialmente quando se quer protegê-los de ingerências indevidas de órgãos estatais, entidades sociais ou particulares.

Eles discorrem a respeito da dupla fundamentalidade dos direitos fundamentais (formal e material), sendo que, por serem bens jurídicos dotados de relevância e essencialidade, necessitam de uma proteção jurídica e normatividade reforçadas, principalmente quanto ao âmbito de disponibilidade dos poderes constituídos:

Todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF ou dispersos pelo restante do texto constitucional ou se encontrem ainda localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 186).

Dessa forma, para os autores, todos os direitos sociais, por serem fundamentais, comungam do regime pleno dessa dupla fundamentalidade, encontrando-se protegidos do poder de reforma constitucional (art. 60, § 4º, IV, da CF) e sujeitos à lógica do art. 5º, § 1º, da CF):

A todas as normas de direitos fundamentais não se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível [...] Em outras palavras, também as normas de direitos sociais devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 187).

Em se tratando do mínimo existencial e sua conexão com os direitos fundamentais, os autores entendem que a dignidade humana só está assegurada quando for possível a plena fruição dos direitos fundamentais (p. 191).

Eles asseveram que, no direito constitucional pátrio, tal fundamentação também tem sido adotada, pesando controvérsias, entretanto, quanto ao conteúdo e alcance do mínimo existencial; Este se desdobraria em “mínimo fisiológico” (mínimo existencial sociocultural para assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social) e no direito à vida e à dignidade humana, abrangendo alimentação, vestimenta, abrigo, saúde e os meios indispensáveis à sua satisfação, que seria o “mínimo sociocultural”, fundado nos princípios do Estado Social e da igualdade. Assim, para Sarlet e Figueiredo (2008, p. 194):

O conteúdo e o objeto do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverão de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental.

Portanto, estaria assegurada a dignidade humana quando estivesse assegurada a todos uma vida saudável, independente de qualquer previsão constitucional para ser reconhecida, pois a garantia do mínimo existencial, conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a

cada pessoa uma vida condigna, decorre da proteção da vida e dignidade humana.

Dessa forma, para os autores, não se pode afirmar que o conteúdo da dignidade humana, que é variável, equivale ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; Ademais, os direitos fundamentais sociais não se reduzem à dimensão positiva e não se limitam ao mínimo existencial. Assim, não se pode estabelecer taxativamente um rol dos elementos nucleares do mínimo existencial, pois este exige uma análise concreta à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar.

Eles asseveram, outrossim, que não há como se desconsiderar a dimensão economicamente relevante como uma das maiores objeções em matéria de concretização dos direitos sociais, pois ela exige não apenas a capacidade jurídica daquele que tenha dever de assegurá-los, como também a disponibilidade financeira; Assim sendo, estariam condicionais à reserva do possível, à relação de competências constitucionais, à separação dos poderes, à reserva da lei orçamentária, ao princípio federativo, etc.

Relativamente à “reserva do possível”, Sarlet e Figueiredo (2008, pp. 200-201) ensinam que a limitação de recursos, quanto à sua disposição, pode ser material ou jurídica. Assim, eles apontam uma tríplice dimensão da reserva do possível: a) disponibilidade fática (recursos); b) disponibilidade jurídica (recursos materiais e humanos); e c) proporcionalidade da prestação (exigibilidade e razoabilidade). Portanto, a crise de efetividade dos direitos fundamentais está ligada à maior ou menos disponibilidade de recursos, sendo que esta decorre da destinação dos recursos, impondo-se, portanto, a necessidade de aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim com do próprio processo de administração das políticas em geral.

Nessa perspectiva, os autores aduzem que o Poder Judiciário vive uma crescente conscientização de que não apenas pode, como deve zelar pela efetivação dos direitos fundamentais, agindo com o máximo de cautela e responsabilidade ao concederem ou negarem um direito subjetivo a determinada prestação social ou ao declarem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na violação de algum direito social. Por isso, os princípios da moralidade e eficiência assumem papel de destaque nessa

discussão, pois cuidam de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais (p. 204).

Destarte, a despeito do limite fático e jurídico que representa a “reserva do possível”, deve-se considerar a obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos de maximizar os recursos e minimizar o seu impacto; Sarlet e Figueiredo (2008, p. 205) aduzem que não basta utilizá-la como argumento impeditivo da intervenção judícia e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social. Por isso, o poder público deve comprovar a falta efetiva de recursos indispensáveis à satisfação do direito a prestações, assim como a eficiente aplicação de tais verbas.

Além disso, eles ensinam que o princípio da proporcionalidade deverá presidir a atuação dos órgãos estatais e dos particulares, devendo incidir sobre a dupla dimensão de proibição de excesso e de insuficiência, atuando como parâmetro de controle dos atos do poder público, inclusive judiciais, pois estes também estão vinculados ao dever de prestação e efetividade dos direitos fundamentais. Assim, os responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais devem observar os critérios de adequação (aptidão do meio para alcançar a finalidade), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e proporcionalidade em sentido estrito (avaliação do custo-benefício, ou seja, razoabilidade entre meios e fins), respeitando-se, sempre, o núcleo do direito restringido, para que não fique aquém do patamar mínimo para a sua eficiente realização e garantia.

Sarlet e Figueiredo (2008, pp. 207-209) discorrem, ademais, sobre o controle judicial das opções orçamentárias e das legislações relativas aos gastos públicos, o que poderia minimizar os efeitos da reserva do possível, redirecionando os recursos disponíveis e disponibilizados. Para eles, quando se pretende bloquear qualquer intervenção nesse plano acarreta uma inversão jurídico-normativa, privilegiando-se a legislação orçamentária em detrimento das imposições e prioridades constitucionais em matéria de efetividade dos direitos fundamentais. Portanto, o controle das decisões políticas é imperativo para a devida alocação dos recursos, uma vez que a satisfação dos direitos fundamentais depende das escolhas estratégicas sobre a aplicação dos recursos públicos; Além disso, as decisões sobre quais direitos efetivos devem

ser abertas à população, destinatária das razões e justificativas que sustentam as decisões dos agentes políticos e dos juízes.

Os autores também ponderam sobre o “princípio da subsidiariedade”, estatuinto que ele assume uma feição positiva (imposição de um auxílio) e outra negativa (observância das unidades sociais inferiores). Para eles, há um espaço de liberdade pessoal e um fundamento da primazia da auto responsabilidade do indivíduo em zelar pelo seu sustento e de sua família, de forma que haja uma distribuição dos encargos no âmbito da efetivação de padrões mínimos de justiça social entre os órgãos estatais e a sociedade.

No que tange à atuação do Poder Judiciário e sua autolimitação funcional, o qual deve atuar proativamente no controle dos atos do poder público para a efetivação dos direitos fundamentais, este deve contar com a atuação dos demais atores políticos e sociais, e dos próprios cidadãos; Ademais, a correta aplicação do princípio da moralidade da Administração Pública, com a maximização da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, tanto na dimensão defensiva quanto na prestacional, o que depende, também, da otimização do direito fundamental a uma boa administração.

Ao contrapor a reserva do possível e o mínimo existencial, Sarlet e Figueiredo (2008, pp. 212-213) estatuem que o fato de os direitos individuais terem uma dimensão transindividual (coletiva e difusa) não retira a sua condição individual, em virtude da dignidade humana, e, por isso, não se pode afastar a possibilidade de tutela individual.

Os autores ensinam que, dependendo da função que assuma no caso concreto, o direito à saúde pode ser considerado direito de defesa (negativo) ou direito a prestações (positivo). No primeiro caso, resguarda a ocorrência de interferência ou ameaças à saúde, oriundas do Estado ou de atores privados; No segundo, pressupõe a realização de atividades por parte do destinatário, consistentes na execução de medidas para salvaguardar o direito ou a própria saúde, na organização de instituições, serviços, ações e procedimentos, no fornecimento de serviços e bens materiais ao titular do direito fundamental.

Ademais, para eles, é possível extrair da CF que o direito à proteção e à promoção da saúde abrange tanto a dimensão preventiva quanto

a promocional e a curativa. Os autores asseveram que tal conceito está em consonância com o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e com o conceito proposto pela OMS, além de assegurar o equilíbrio entre a pessoa e o meio que a circunda, bem como a obrigação de se considerar um mínimo existencial para garantir uma vida saudável, levando sempre em conta a realidade cultural, social, geográfica, etc., bem como as circunstâncias pessoais do titular.

Sarlet e Figueiredo (2008, p. 219) discorrem a respeito do entendimento assentado na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo o qual as razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento para afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres.

Ademais, no que quis respeito às técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos fundamentais, deve-se levar em conta a eficácia plena e exigibilidade direta dos direitos subjetivos a prestações, que não se confunde com o direito líquido e certo (fundamento para concessão em Mandado de Segurança), pois o mínimo existencial está sujeito à demonstração e discussão com base em elementos probatórios.

Eles destacam, outrossim, que deve ser revista a possibilidade de acesso livre e sem limitação daquele que possua plano de saúde ao sistema de saúde, pois a efetiva necessidade deve ser levada em conta, além dos princípios da solidariedade, subsidiariedade e proporcionalidade, de forma a permitir uma distribuição mais equitativa das responsabilidades e encargos, maximizando o acesso ao sistema e uma maior qualidade dos serviços.

Para os autores, a efetivação do mínimo existencial deve levar em conta as circunstâncias concretas do indivíduo, sendo que a “universalidade” dos serviços de saúde não equivale à gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa e a “integralidade” não quer dizer que qualquer pretensão deva ser satisfeita em todos os seus termos; Assim, a igualdade substancial deve ser objeto de reconhecimento pelas políticas públicas ou na esfera jurisprudencial e doutrinária.

Portanto, embora nos casos de urgência deve-se sempre reconhecer um direito subjetivo, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 221) entendem

que não se pode desconsiderar o limitador da reserva do possível, pois envolve, além da ordem financeiro-econômica estrita, a disponibilidade efetiva de leitos, equipamentos, profissionais, etc.

Para eles também é importante ressaltar e considerar a capacidade de decisão específica quanto às diretrizes terapêuticas a serem observadas na prestação de saúde requerida, pois os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS, que uniformizam as condutas de tratamento, baseiam-se no trabalho de profissionais especializados que garantem a eficiência e a segurança dos tratamentos e medicamentos indicados, de forma que a extrapolação das decisões tecnocientíficas constantes de tais diretrizes e protocolos pode ser temerária.

Ademais, os autores ressaltam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais devem servir de critério para a decisão judicial, não compelindo o Estado a fornecer tratamentos ou medicamentos experimentais, ou ainda, condenando-o a uma prestação demasiadamente genérica ou específica (Ex.: Determinada marca). Portanto, nas hipóteses em que se pretenda a condenação do Estado à prestação de medicamentos e tratamentos não elencados nas listas do SUS e indicados por profissionais que não sejam da rede pública, caberia ao Judiciário assumir uma papel mais ativo na condução da demanda, solicitando o auxílio de profissionais especializados para se certificar da eficiência e segurança do medicamento ou tratamento requeridos, os quais, por não constarem das listagens do SUS, exigem prova robusta que embase a postulação. Dessa forma, concluem eles, são respeitados não apenas os princípios da precaução e prevenção, como também a racionalização e otimização dos recursos públicos.

Werner (2008, p. 92), por sua vez, assevera que a CF consolidou os direitos fundamentais sociais e trouxe o desafio de procurar caminhos em busca da maior efetividade possível de seus preceitos. Na esteira dessas considerações, ela estatui que a doutrina e a jurisprudência tendem a superar a visão de que o caráter dos direitos sociais é puramente programático, mas há, ainda, dificuldades para lidar com um direito de duas faces e princípios paradoxais: direito público subjetivo e direito social. Para ela, no âmbito do direito à saúde tais dificuldades são proeminentes, pois se deve conciliar: a eficácia imediata dos direitos sociais, seu aspecto evolutivo, a universalidade

do sistema, a desigualdade social e a igualdade de privilégios, a escassez de recursos e o uso indevido do orçamento, a prioridade às políticas de prevenção ou recuperação, a participação da comunidade, a distribuição das tarefas entre os entes da federação, a descentralização e a municipalização, etc.

A autora ensina, a despeito das confusões acerca da natureza da norma que prevê o direito à saúde na CF (ora como norma de eficácia contida, ora como norma-tarefa), que este não pode ser tratado como mera recomendação moral, pois se enquadra na categoria dos direitos fundamentais. Assim, para ela, a abertura de exceções individuais leva ao descrédito das ações do Poder Público e do próprio direito na forma prevista na CF, pois a valorização das políticas públicas universais é uma forma de integrar e ponderar por uma justiça compensatória e niveladora.

Werner (2008, p. 97) estatui que, para se interpretar um direito social, deve-se diferenciar a sua eficácia jurídica (densificação normativa), bem como se ele se trata de um direito originário ou derivado a prestações. Existindo uma relação positivada e um dever a prestação estabelecido, exige-se um programa a ser seguido, o qual norteará os paradigmas do intérprete; Destarte, o direito subjetivo originário torna-se direito subjetivo a prestações e o intérprete visa à igualdade na distribuição das prestações sociais, de forma a promover a inclusão social; As fórmulas abertas, tais como o “direito à saúde” devem ter seu conceito construído dentro da ética social solidária.

A autora estatui que, por ser originário, o direito subjetivo à saúde pode ser pleiteado em juízo diante da omissão estatal, entretanto, as políticas sociais e econômicas definidas para gerir o SUS não podem ser desconsideradas, sob pena de se ferir a lógica do sistema. Relativamente à implementação de um direito derivado, de relevância pública, e que deva ser gerido de forma descentralizada e com a participação da comunidade, a universalidade deve ser interpretada como uma interface da igualdade (material), exigindo-se um tratamento diferenciado em favor de determinados segmentos sociais. Nessa lógica de argumentação, Werner (2008, p. 101) assevera que cabe ao intérprete a função de buscar alternativas que otimizem os direitos constitucionais e as políticas públicas existentes.

Em relação ao direito à saúde, a autora afirma que há falhas na fórmula original pela dificuldade de se lidar com a definição, extensão e limites

desse direito, em vista da imprecisão dos termos que compõem o seu conceito. Dessa forma, segundo ela, em busca de tal compreensão, o intérprete deve buscar conhecer o projeto do SUS e os seus princípios vigentes, aceitando os seus preceitos como forma de justiça; Deve-se compreender o Direito Constitucional em sua multidisciplinariedade, de forma a compreender as características e o processo de formação das políticas públicas; não se pode prender-se apenas ao texto constitucional, em desconsideração ao projeto do SUS, cujas bases foram fixadas pela sociedade.

Ela assevera que, em virtude de seu caráter social, o direito à saúde deve ter como ponto de partida a regra geral, que é o benefício a todos, de forma que os casos individuais sejam analisados em reação ao todo, verificando a repercussão financeira, política e social destes em relação à coletividade. Contrariamente a essa lógica, segundo a autora, o Poder Judiciário tende a analisar as ações de cunho coletivo de forma mais cautelosa e generaliza a concessão dos benefícios individuais; Muitos dos benefícios são concedidos de forma liminar, sem a oitiva do Poder Público; Assim, os mais carentes, que não têm fácil acesso à justiça, são duplamente penalizados (na assistência e depois no difícil acesso ao Judiciário). Portanto, fica a cargo do Poder Judiciário a condução das políticas públicas na área da saúde.

Werner (2008, pp. 104-105) expõe, ademais, a posição majoritária da jurisprudência do STF quanto à responsabilidade pelo direito saúde, ensinando que prevalece o entendimento de que ela é solidárias entre os três entes federados, pois o SUS trata-se de uma rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, sendo a municipalização a célula central do projeto. Para ela, embora tal entendimento torne o acesso à justiça mais fácil e ágil, ele enfraquece o processo de municipalização e não contribui para a melhoria da distribuição das atribuições do poder, pois a delimitação do polo passivo forçaria cada ente federado a cumprir seu papel no SUS.

A autora estatui que o reconhecimento da eficácia imediata do direito à saúde (direito subjetivo público) possibilitou ao intérprete superar a face puramente programática da eficácia da norma, restando, ainda, a dificuldade em harmonizá-lo dentro da dinâmica social. Todavia, ela também assevera que o vínculo natural estabelecido entre direito à saúde e à vida leva

a argumentos genéricos, que não diferenciam pessoa para pessoa; a esta noção, sobrepõe-se a ideia de justiça distributiva, a qual inova ao obrigar o intérprete a conhecer as políticas sociais e econômicas existentes, exigindo um aprofundamento sobre a forma como elas são interpretadas e geridas no contexto real; Mas prevalece a inobservância dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estabelecidos pelos SUS, com a condenação do Poder Público ao custeio de determinado tratamento ou medicamento, enquanto seria mais justo se questionar a necessidade de atualização de um protocolo existente, para a modificação da política pública em favor de todos os portadores da mesma doença.

Para Werner (2008, p. 113), embora tenha gerado controvérsia, a decisão proferida pela Ministra do STF, Ellen Gracie, na Suspensão de Segurança nº 33282, pleiteada pelo Estado de Alagoas, representou uma mudança e o início da mudança de paradigmas, ao afirmar:

[...] a norma do art.196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhes acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas (GRACIE *apud* WERNER, p. 113).

Segundo a autora, diante da dificuldade de se interpretar a questão do direito à saúde, o Poder Judiciário começa a reconhecer que, entre a não eficácia da norma e a eficácia absoluta, há um grande espaço para construir o que a comunidade deseja no âmbito coletivo.

Relativamente ao entendimento do STJ, Werner (2008, p. 117) destaca a decisão que considerou a importância da municipalização e a atribuição efetiva do poder local, a qual sinaliza o compromisso do Poder Judiciário em implementar o difícil processo de descentralização previsto na CF.

A autora estatui, ademais, que o STJ reconheceu a aplicabilidade imediata do direito à saúde, e, a partir desse entendimento, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau de sua aplicabilidade. Nessa perspectiva, e considerando o equacionamento entre “reserva do possível” e “mínimo existencial”, o Tribunal optou por garantir o direito à saúde:

“A escassez dos recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo” (REsp nº 811608/RS).

Ao tratar dos paradigmas da justiça paulista, a qual se considera apta a decidir questões pontuais do direito à saúde, até mesmo quanto à amplitude das políticas públicas, Werner (2008, p. 121) destaca tal postura, pois ela contraria a discussão doutrinária sobre a impossibilidade de análise do mérito do ato administrativo:

[...] O Judiciário não pode se quedar inerte aguardando por parte dos outros Poderes definições acerca da implementação de políticas de saúde. Havendo direito a ser assegurado, cabe ao Poder Judiciário garantir o fornecimento de medicamentos àqueles que necessitem [...] (TJ/SP. Apelação Cível com Revisão nº 385.8035/2).

Em relação aos demais entendimentos da justiça paulista, a mestre destaca: a) São concedidos alimentos específicos como integrantes do direito à saúde (ex.: leite ninho); b) Não se exige cadastro anterior no SUS ou atendimento por médico da rede para se ter acesso aos seus benefícios; c) A questão orçamentária e os procedimentos para aquisição de insumos para o SUS são desconsiderados; e d) São determinados transplantes em detrimento da fila da espera; como consequência, os usuários preteridos na fila ingressam com ação contra o Poder Público, pleiteando indenização por danos morais.

Na esteira dessas considerações, a autora conclui que a lógica que predomina é a simplificação do direito à saúde como equivalente ao direito à vida e à dignidade humana, o que leva o intérprete a cometer equívocos, priorizando o aspecto individual em detrimento do comunitário. Para ela, deve-se preencher o conteúdo de tais direitos integrando-os com outros direitos sociais, com a legislação infraconstitucional e com a estrutura das políticas públicas do SUS, delineadas com a participação da comunidade. Ademais, por ser um direito público subjetivo com dimensão social, deve-se considerar a repercussão social da decisão individual proferida, para que não continue sendo visto pelo conceito da justiça comutativa, o que privilegiaria apenas um grupo.

Para Werner (2008, p. 127) estatui que o desafio do Estado Social de Direito é modificar o pensamento do juiz, colocando-o em um papel ativo, de ponderação dos interesses divergentes, de forma a balancear os

direitos e deveres do sistema social, segundo os patamares fixados pelos Poderes Legislativo e Executivo. Afinal, para ela, em vista da soberania popular, a legitimidade para fazer escolhas na condução das políticas públicas é do Poder Legislativo e do Poder Executivo e a constante quebra dos projetos (até mesmo por desconhecimento) privilegia apenas um grupo de pessoas; ao se desconsiderar o conteúdo, extensão e o modo de proceder do SUS, rompe-se o sistema da tripartição de poderes, pois há uma violação das regras do jogo pré-fixadas, pois a repartição funcional implica no compartilhamento de funções e no estabelecimento de projetos únicos, com cada subsistema agindo para o mesmo fim.

Ela conclui que o Poder Judiciário deve estar comprometido com a realização do projeto do povo brasileiro de cunho coletivo, baseado na realidade social e nos projetos sociais estabelecidos; Deve-se harmonizar a universalidade e a igualdade; Os limites e o preenchimento do conteúdo do direito à saúde devem ser feitos com a participação da comunidade.

5.7.3.2 A Judicialização da Saúde

Dain e Machado (2012, p.471) ensinam que o termo “judicialização” nasceu do trabalho dos norte-americanos Tate e Vallinder (1995) e diz respeito tanto à transferência das decisões sobre direitos da legislatura/gabinete/serviço civil para as cortes (judicialização da política) quanto à disseminação dos métodos e decisões judiciais para além da esfera judicial (judicialização das relações sociais).

Os autores apontam as condições que permitem a ocorrência desse fenômeno (pp. 471-472): a) regime democrático de governo com separação dos poderes; b) a existência de uma política de direitos; c) a existência de grupos de pressão; d) uso da corte para impedir a edição de leis; e) a inexistência de apoio político suficiente para a defesa de políticas; f) percepção geral negativa quanto aos responsáveis pela formulação de políticas; g) inércia propositada do Legislativo; e h) opção dos juízes por participarem do processo de decisão política.

Concluem os autores, citando os norte-americanos, que a judicialização permite, em nova instância, a revisão das ações dos Poderes Executivo e Legislativo, o que permite ao Judiciário impor limites aos outros dois poderes, impedindo-os de infringirem suas determinações, bem como de excederem ou não realizarem suas atribuições (p. 473).

Barroso (2010, p. 22) aponta como críticas à judicialização da saúde: 1) O art. 196 da Constituição Federal é uma norma programática e, como tal, será efetivada por meio de políticas sociais e econômicas; 2) Ademais, pelo desenho institucional do Executivo e Judiciário, quem tem a melhor visão global dos recursos disponíveis e das necessidades a serem supridas é aquele e não este; 3) Discorre acerca da legitimidade democrática e aponta a *“impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir que modo os recursos públicos devem ser gastos”* (p. 23); 4) Alega a reserva do possível, defendendo a insuficiência dos recursos para atender as necessidades sociais; 5) Aponta a desorganização da Administração Pública quando, por uma decisão judicial, esta prioriza um litigante em detrimento da eficácia no atendimento aos demais cidadãos, o que *“impede a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública”* (p. 25); 6) Em uma análise econômica do direito, aponta que o benéfico auferido pela população seria maior se os investimentos fossem voltados às políticas de saúde pública, tais como o saneamento básico, pois estas são mais efetivas na promoção da saúde (p. 26); 7) O autor assinala que, ao atuar na implementação de políticas públicas, o Judiciário vai na contramão das diretrizes de redução das desigualdades econômicas e sociais das políticas públicas de saúde, pois acaba por privilegiar os que têm acesso à justiça; 8) Por fim, faz uma crítica técnica, posto que o Judiciário não detém o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde, já que sua visão é de micro e não de macro-justiça.

5.7.3.3 A Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça

A Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Recomenda que os órgãos judiciais dirijam as seguintes recomendações aos magistrados a eles vinculados:

- 1) Procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID (Classificação Internacional das Doenças), contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;
- 2) Evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;
- 3) Ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;
- 4) Verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;
- 5) Determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.

Tal iniciativa demonstra a preocupação de Poder Judiciário em aparelhar seus órgãos e dotá-los do conhecimento adequado para lidar com as demandas envolvendo o tema do direito à saúde. As recomendações não apenas incentivam a cautela no momento da tomada de decisões envolvendo o tema, como também forçam o magistrado a se munir das necessárias informações para julgar de forma equilibrada e equitativa.

6 RESULTADOS DE PESQUISA: A ATUAÇÃO DOS PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Relativamente à ação efetiva dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no cumprimento do dever constitucional à saúde, vale ressaltar a quantidade de atos normativos sobre saúde promulgados pós-constituente (1988). Até o mês de setembro do ano de 2012 foram elaborados 1.568 atos normativos sobre saúde, incluindo todos aqueles que mencionam o termo "saúde" (até mesmo os revogados):

FIGURA 1 - Atos Normativos relacionados à saúde expedidos pelo Poder Legislativo Federal por ano

Fonte: Site do Planalto.

Destacam-se dos demais os anos de 1999, 2000 e 2001, com a expedição de 118, 151 e 109 atos normativos, respectivamente. O ano de 2000 foi o que mais sobressaiu da média dos demais anos considerados, podendo tal acontecimento ser explicado pela criação da ANS (Agência Nacional de Saúde), em 28 de janeiro de 2000, através da Lei nº 9.961/00, e, posteriormente, pela concepção da NOAS-SUS 01/01, em 26 de janeiro de 2001, o Ministério da Saúde, a qual desencadeou diversas atividades de

planejamento e de adequação de seus modelos assistenciais e de gestão aos preceitos estabelecidos, ponderando criticamente os avanços e os desafios que novas diretrizes organizativas trariam para sua realidade concreta.

Relativamente às decisões judiciais que citam o termo "direito à saúde", até o mês de abril, do ano de 2013, essas compreendiam um total de 528.790 decisões, distribuídas entre os Estados da seguinte forma:

FIGURA 2 – Decisões Judiciais por Tribunal de Justiça buscando a expressão "direito à saúde"

Fonte: Site "Jus Brasil".

Relativamente aos principais tribunais de justiça, destacam-se os Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Paraná, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte, Distrito Federal, Espírito Santo e Rio de Janeiro:

FIGURA 3 – Decisões judiciais nos principais Tribunais de Justiça buscando a expressão “direito à saúde”

Fonte: Site “Jus Brasil”.

QUADRO 1 - Decisões Judiciais por Tribunal de Justiça buscando a expressão “direito à saúde”

Estado	Número de decisões judiciais sobre “saúde”	População (Fonte: IBGE)	Índice de decisões/habitante	Índice de habitantes/decisão
Santa Catarina	43.612	6.634.254	0,006573761	152,119921
Mato Grosso do Sul	12.220	2.587.269	0,004723127	211,724141
Amapá	3.036	734.996	0,004130635	242,093544
Rio Grande do Sul	39.730	10.164.043	0,003908878	255,827913
Paraná	31.520	10.997.465	0,002866115	348,904346
Rio Grande do Norte	8.479	3.373.958	0,002513072	397,919330
Distrito Federal	6.424	2.789.761	0,002302706	434,271638
Sergipe	4.754	2.195.662	0,002165178	461,855700
Rondônia	2.735	1.728.214	0,001582559	631,888117
Espírito Santo	5.944	3.839.366	0,001548172	645,922948
São Paulo	44.577	43.663.669	0,001020917	979,511160
Minas Gerais	20.160	20.593.356	0,000978957	1021,495833
Acre	690	776.463	0,000888645	1125,308696
Roraima	330	488.072	0,00067613	1479,006061
Pernambuco	2.610	9.208.550	0,000283432	3528,180077
Rio de Janeiro	3.604	16.369.179	0,00022017	4541,947558
Pará	1.476	7.969.654	0,000185203	5399,494580
Bahia	2.784	15.044.137	0,000185055	5403,784842
Piauí	535	3.184.166,00	0,000168019	5951,712150
Amazonas	351	3.807.921	9,21763E-05	10848,777778
Ceará	781	8.778.576	8,89666E-05	11240,174136
Maranhão	498	6.794.301	7,32967E-05	13643,174699
Tocantins	50	1.478.164	3,38257E-05	29563,280000

Fonte: Site “Jus Brasil”.

QUADRO 2 - Decisões judiciais nos principais Tribunais de Justiça buscando a expressão “direito à saúde”

Estado	Número de decisões judiciais sobre “direito à saúde”	População (Fonte: IBGE)	Índice de decisões/habitante	Índice de habitantes/decisão
Rio Grande do Sul	53.026	10.164.043	0,005217018	191,680364
Distrito Federal	2.331	2.789.761	0,000835555	1196,808666
Santa Catarina	4.860	6.634.254	0,000732562	1365,072840
Mato Grosso do Sul	1.578	2.587.269	0,00060991	1639,587452
Minas Gerais	9.735	20.593.356	0,000472725	2115,393529
Paraná	4.527	10.997.465	0,00041164	2429,305279
Rio Grande do Norte	1.382	3.373.958	0,000409608	2441,358900
Rondônia	5.721	1.728.214	0,003310354	302,082503
Espírito Santo	768	3.839.366	0,000200033	4999,174479
Rio de Janeiro	3.188	16.369.179	0,000194756	5134,623275
Amapá	132	734.996	0,000179593	5568,151515
São Paulo	6.883	43.663.669	0,000157637	6343,697370
Sergipe	280	2.195.662	0,000127524	7841,650000
Pernambuco	802	9.208.550	8,7093E-05	11481,982544
Piauí	207	3.184.166,00	6,50092E-05	15382,444444
Roraima	31	488.072	6,35152E-05	15744,258065
Acre	20	776.463	2,57578E-05	38823,150000
Bahia	359	15.044.137	2,38631E-05	41905,674095
Maranhão	114	6.794.301	1,67788E-05	59599,131579
Pará	130	7.969.654	1,63119E-05	61305,030769
Tocantins	8	1.478.164	5,41212E-06	184770,500000
Ceará	38	8.778.576	4,32872E-06	231015,157895
Amazonas	10	3.807.921	2,6261E-06	380792,100000

Fonte: Site “Jus Brasil”

Da análise dos gráficos e tabelas acima depreende-se que o Estado que mais legisla sobre saúde é o Estado de Santa Catarina (média de 0,006 decisões por habitante), seguido do Estado de Mato Grosso do Sul (média de 0,004 decisões por habitante).

No entanto, ao se considerar a pesquisa pelo termo “direito ‘a saúde”, o Estado campeão é o Rio Grande do Sul (média de 0,005 decisões por habitante), seguido do Distrito Federal (média de 0,008 decisões por habitante).

Vale salientar que o *site* de onde foram colhidos os dados não disponibilizou as informações relativas aos Tribunais de Justiça dos Estados dos Estados de Mato Grosso, Paraíba e Alagoas.

Quanto às políticas de saúde já implementadas pelo Governo Federal, cumpre destacar que, tal como se deu em relação aos atos normativos sobre saúde, houve um aumento na implementação de políticas a partir do ano de 2000, sendo que, apenas entre os anos de 2000 a 2005 foram implementadas seis políticas. Também pode ser observado um aumento após

o ano de 2010, quando também foram instituídas seis políticas públicas voltadas à saúde:

QUADRO 3 – Principais políticas públicas relacionadas à saúde de 1973 a 2014

Política/Programa	Ano da criação	Resumo/objetivo
Programa Nacional de Imunizações	1973	Tem por objetivo de coordenar as ações de imunizações que se caracterizavam, até então, pela descontinuidade, pelo caráter episódico e pela reduzida área de cobertura.
Programa Saúde da Família	1993	Uma estratégia de reorientação do modelo assistencial, operacionalizada mediante a implantação de equipes multiprofissionais em unidades básicas de saúde.
Política Nacional de Medicamentos	1998	O seu propósito precípua é o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.
Programa Nacional da Alimentação e Nutrição	1999	Atesta o compromisso do Ministério da Saúde com os males relacionados à escassez alimentar e à pobreza, sobretudo a desnutrição infantil e materna, bem assim com o complexo quadro dos excessos já configurado no Brasil pelas altas taxas de prevalência de sobrepeso e obesidade, na população adulta.
Política Nacional de DST/AIDS	1999	Tem por objetivos: Reduzir a incidência de infecção pelo HIV/aids e por outras DST; Ampliar o acesso ao diagnóstico, ao tratamento e à assistência - melhorando sua qualidade -, no que se refere ao HIV/AIDS; e Fortalecer as instituições públicas e privadas responsáveis pelo controle das DST e da AIDS.
Programa Nacional do Controle de Dengue	2002	Procura incorporar as lições das experiências nacionais e internacionais de controle da dengue, enfatizando a necessidade de mudança nos modelos anteriores, de forma a reduzir a infestação pelo <i>Aedes aegypti</i> , a incidência da dengue, e a letalidade por febre hemorrágica de dengue.
Programa Nacional de Atenção Comunitária Integrada a Usuários de Álcool e Outras Drogas	2002	Articular as ações desenvolvidas pelas três esferas de governo destinadas a promover a atenção aos pacientes com dependência e/ou uso prejudicial de álcool ou outras drogas.
Programa Saúde sem Limites	2002	Busca qualificar a atenção à saúde por meio da criação, ampliação e articulação de pontos de atenção à saúde para pessoas com deficiência temporária ou permanente; progressiva, regressiva, ou estável; intermitente ou contínua, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).
Política Nacional de Saúde Mental	2002	Busca consolidar um modelo de atenção à saúde mental aberto e de base comunitária. Isto é, que garanta a livre circulação das pessoas com transtornos mentais pelos serviços e comunidade.
Bolsa família	2003	É um programa de transferência direta de renda que beneficia famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o país.
Farmácia popular	2004	Ampliar o acesso aos medicamentos para as

		doenças mais comuns entre os cidadãos.
Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher	2004	É responsável pelas ações de assistência ao pré-natal, incentivo ao parto natural e redução do número de cesáreas desnecessárias, redução da mortalidade materna, enfrentamento da violência contra a mulher, planejamento familiar, assistência ao climatério, assistência às mulheres negras e população GLBTT.
Programa de Controle do Tabagismo e Outros Fatores de Risco de Câncer	2004	Visa à prevenção de doenças na população através de ações que estimulem a adoção de comportamentos e estilos de vida saudáveis e que contribuam para a redução da incidência e mortalidade por câncer e doenças tabaco-relacionadas no país.
Programa Saúde na Escola	2007	Visa à integração e articulação permanente da educação e da saúde, proporcionando melhoria da qualidade de vida da população brasileira.
Rede cegonha	2011	Visa implementar uma rede de cuidados para assegurar às mulheres o direito ao planejamento reprodutivo e a atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério, bem como assegurar às crianças o direito ao nascimento seguro e ao crescimento e desenvolvimento saudáveis. Esta estratégia tem a finalidade de estruturar e organizar a atenção à saúde materno-infantil no País e será implantada, gradativamente, em todo o território nacional, iniciando sua implantação respeitando o critério epidemiológico, taxa de mortalidade infantil e razão mortalidade materna e densidade populacional.
Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Viver sem Limite	2011	Com o objetivo de implementar novas iniciativas e intensificar ações que, atualmente, já são desenvolvidas pelo governo em benefício das pessoas com deficiência.
Academia da saúde	2011	Estimula a criação de espaços públicos adequados para a prática de atividade física e de lazer. O objetivo é contribuir para a promoção da saúde da população.
Saúde não tem preço	2011	Lançou a gratuidade dos medicamentos para hipertensão e diabetes nas Farmácias Populares. A ação beneficia 33 milhões de brasileiros hipertensos e 7,5 milhões de diabéticos.
Programa Mais Médicos	2013	Convocação de profissionais para atuar na Atenção Básica de municípios com maior vulnerabilidade social e DSEI's, o Governo Federal garante mais saúde para o brasileiro.

Fonte: Site do Ministério da Saúde

FIGURA 4 – Principais Políticas Nacionais de Saúde criadas desde 1973 a 2013

Fonte: Site do Ministério da Saúde

Dentre todas as políticas já implementadas, vale salientar as características das principais políticas: Programa nacional de DST e AIDS, PNI (Programa Nacional de Imunizações) e ESF (Estratégia Saúde da Família).

O Programa Nacional de DST/AIDS tem por missão reduzir a incidência do HIV/AIDS e melhorar a qualidade de vida das pessoas vivendo com HIV/aids. Para isso, foram definidas diretrizes de melhoria da qualidade dos serviços públicos oferecidos às pessoas portadoras de AIDS e outras DST's; de redução da transmissão vertical do HIV e da sífilis; de aumento da cobertura do diagnóstico e do tratamento das DST's e da infecção pelo HIV; de aumento da cobertura das ações de prevenção em mulheres e populações com maior vulnerabilidade; da redução do estigma e da discriminação; e da melhoria da gestão e da sustentabilidade. Relativamente aos dados da doença no Brasil, desde o início da epidemia, em 1980, até junho de 2012, O Brasil tem 656.701 casos registrados de AIDS (condição em que a doença já se manifestou), de acordo com o último Boletim Epidemiológico. Em 2011, foram notificados 38.776 casos da doença e a taxa de incidência de AIDS no Brasil foi de 20,2 casos por 100 mil habitantes. Observando-se a epidemia por região em um período de 10 anos, 2001 a 2011, a taxa de incidência caiu no Sudeste de 22,9 para 21,0 casos por 100 mil habitantes. Nas outras regiões, cresceu: 27,1 para 30,9 no Sul; 9,1 para 20,8 no Norte; 14,3 para 17,5 no Centro-Oeste; e 7,5

para 13,9 no Nordeste. Vale lembrar que o maior número de casos acumulados está concentrado na região Sudeste (56%).

Já o PNI (Programa Nacional de Imunizações), criado em 18 de setembro de 1973, institucionalizado pelo decreto nº 78.231 de 12 de agosto de 1976, e regulamentado pelo Decreto nº 78.231, de 12 de agosto de 1976 e pela Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, surgiu do êxito das campanhas de vacinação contra a varíola na década dos anos sessenta, o que demonstrou o poder da vacinação em massa de erradicar a doença. Teve por o objetivo a coordenação das ações de imunizações que se caracterizavam, até então, pela descontinuidade, pelo caráter episódico e pela reduzida área de cobertura. Em 1975 foi institucionalizado o PNI, resultante do somatório de fatores, de âmbito nacional e internacional, que convergiam para estimular e expandir a utilização de agentes imunizantes, buscando a integridade das ações de imunizações realizadas no país. Após a erradicação da varíola, iniciou-se em 1980 a 1ª Campanha Nacional de Vacinação Contra a Poliomielite, com a meta de vacinar todas as crianças menores de 5 anos em um só dia. O último caso de poliomielite no Brasil ocorreu na Paraíba em março de 1989. Ao longo do tempo, a atuação do PNI, ao consolidar uma estratégia de âmbito nacional, apresentou, na sua missão institucional precípua, consideráveis avanços. As metas mais recentes contemplam erradicação do sarampo e a eliminação tétano neonatal. A essas, se soma o controle de outras doenças imunopreveníveis como Difteria, Coqueluche e Tétano acidental, Hepatite B, Meningites, Febre Amarela, formas graves da Tuberculose, Rubéola e Caxumba em alguns Estados, bem como, a manutenção da erradicação da Poliomielite. O objetivo principal do Programa é de oferecer todas as vacinas com qualidade a todas as crianças que nascem anualmente em nosso país, tentando alcançar coberturas vacinais de 100% de forma homogênea em todos os municípios e em todos os bairros. Atualmente, o PNI é parte integrante do Programa da Organização Mundial de Saúde, com o apoio técnico, operacional e financeiro da UNICEF e contribuições do Rotary Internacional e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

O PSF (Programa Saúde da Família), hoje, ESF (Estratégia Saúde da Família), por sua vez, teve início em 1994 como um dos programas propostos pelo governo federal aos municípios para implementar a atenção

primária. Ela teve por objetivo a reversão do modelo assistencial vigente, predominando o atendimento emergencial ao doente, na maioria das vezes, em grandes hospitais. Dessa forma, a família passou a ser o objeto de atenção, no ambiente em que vive, permitindo uma compreensão ampliada do processo saúde/doença. O programa inclui ações de promoção da saúde, prevenção, recuperação, reabilitação de doenças e agravos mais frequentes. No âmbito da reorganização dos serviços de saúde, a estratégia da saúde da família vai ao encontro dos debates e análises referentes ao processo de mudança do paradigma que orienta o modelo de atenção à saúde vigente e que vem sendo enfrentada, desde a década de 1970, pelo conjunto de atores e sujeitos sociais comprometidos com um novo modelo que valorize as ações de promoção e proteção da saúde, prevenção das doenças e atenção integral às pessoas. A origem do PSF remonta criação do Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS), em 1991, como parte do processo de reforma do setor da saúde, desde a Constituição, com intenção de aumentar a acessibilidade ao sistema de saúde e incrementar as ações de prevenção e promoção da saúde. Em 1994 o Ministério da Saúde, lançou o PSF como política nacional de atenção básica, com caráter organizativo e substitutivo, fazendo frente ao modelo tradicional de assistência primária baseada em profissionais médicos especialistas focais. Percebendo a expansão do Programa Saúde da Família que se consolidou como estratégia prioritária para a reorganização da Atenção Básica no Brasil, o governo emitiu a Portaria Nº 648, de 28 de Março de 2006, onde ficava estabelecido que o PSF é a estratégia prioritária do Ministério da Saúde para organizar a Atenção Básica — que tem como um dos seus fundamentos possibilitar o acesso universal e contínuo a serviços de saúde de qualidade, reafirmando os princípios básicos do SUS: universalização, equidade, descentralização, integralidade e participação da comunidade - mediante o cadastramento e a vinculação dos usuários. Em 2011, a portaria GM Nº 2.488/2011 revogou a portaria GM Nº 648/2006 e demais disposições em contrário ao estabelecer a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica e aprovar a Política Nacional de Atenção Básica para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e para o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS). Como consequência de um processo de deshospitalização e humanização do Sistema Único de Saúde, o programa

tem como ponto positivo a valorização dos aspectos que influenciam a saúde das pessoas fora do ambiente hospitalar.

7 DISCUSSÃO

7.1 DIREITO SANITÁRIO: UM NOVO CAMPO DE ATUAÇÃO

De acordo com Aith (2011, p. 13), o Direito Sanitário é o ramo do direito que abrange o conhecimento sobre a criação e aplicação das normas jurídicas voltadas à proteção do direito à saúde em uma sociedade; Ele é responsável pela regulação das ações e serviços de saúde, tendo como objetivo a redução do risco das doenças e de outros agravos, bem como a garantia do acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde.

Davies (2012, p. 50) ensina que os termos direito da saúde e Direito Sanitário são termos equivalentes, utilizados para designar a disciplina ou área de estudo do Direito que se destina a viabilizar e garantir o acesso à saúde, esclarecendo o direito público subjetivo do cidadão e da obrigação do Estado em fornecê-lo. Para ela, ele deve ser entendido como um conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do poder público, de forma a fornecer ao Estado os instrumentos jurídicos necessários a ordenar a realidade de acordo com o interesse da coletividade.

A autora ensina que o Direito Sanitário era uma ramificação do Direito Administrativo, mas em razão de sua pluritutela normativa, ou seja, pela existência de normas sanitárias em diversos diplomas normativos, e, ainda, por sua interdisciplinaridade, pois além de permear outros ramos do direito, tais como o direito constitucional, ambiental, do consumidor, do trabalho, entre outros, também se relaciona com outras áreas de conhecimento, como a medicina e a sociologia, tornou-se ramo autônomo.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 30):

O Direito Sanitário, observado a partir de sua inserção no sistema, constitui, por assim dizer, uma disciplina autônoma, já que alicerçada em princípios e parâmetros próprios, forjados à luz de seu objetivo maior, qual seja, o regramento de atividades públicas e privadas relacionadas à saúde.

Com efeito, a partir da consolidação dos direitos fundamentais no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais especificamente, com a instituição do Direito à saúde no artigo 196, tornou-se imperativa a ampla discussão acerca do alcance desse novo direito, buscando meios para viabilizá-lo; Foi nessa perspectiva que surgiu a necessidade de criação de um ramo autônomo do Direito, destinado a regular os princípios, normas e regulamentos próprios das questões atinentes à saúde brasileira.

Aith (2011, pp. 13-14) estatui que o processo de consolidação do Direito Sanitário no Brasil deu-se, inicialmente, com o reconhecimento da saúde como um direito, na CF de 1988. Ele conceitua a saúde como um valor global, intimamente ligado à proteção da dignidade humana, o qual foi universalizado em diversos tratados internacionais de direitos humanos, mas também aponta que o grande desafio é, a partir desse reconhecimento, compreender a extensão do direito à saúde, quais direitos e deveres emergem para o Estado, a família, as empresas e os indivíduos. Relativamente a tal conceito, o autor assevera que ele vem evoluindo ao longo dos tempos, sendo as definições de seus contornos essenciais à compreensão e eficaz aplicação desse ramo do direito.

Dallari (1995, p. 18) discorre a respeito das duas correntes de pensamento que buscavam conceituar a saúde: uma com foco na relação de dependência com variáveis como o meio ambiente, alimentação e trabalho, e a outra contemplando-a como a ausência de doenças:

O ambiente social da Revolução Industrial propiciou o debate entre as duas grandes correntes que buscaram conceituar a saúde. De um lado, grupos marginais ao processo de produção, que viviam em condições miseráveis, enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação de saúde como ausência de doenças.

Aith (2011, p. 14) assevera que até a segunda metade do século XX, o enfoque em saúde era médico-científico, sendo o tema restrito à área médica ou sanitária. Por volta dos anos 60 e 70, pesquisas abrangentes sobre tal arena fizeram surgir novas noções sobre a saúde e as ciências sociais começaram a questionar a autoridade exclusiva dos médicos. Portanto, dentro dessa nova aproximação científica, o conceito de saúde passou a ser

encarado de forma mais abrangente, passando a considerar as “representações em saúde”; Nessa nova perspectiva, descobriu-se que os conceitos de saúde e doença estão relacionados aos ambientes em que se vive, e o conceito de saúde, bem como a extensão do direito à saúde exigem, primeiro, a compreensão de que aquela assume formas diferentes de representação conforme o ambiente social. Ele conclui, assim, que a saúde pode ser concebida de diversas formas: como ausência de doenças, como reserva corporal, como fundo de saúde ou como estado de equilíbrio físico, mental e social, sendo este último representado pelo sentimento de autossatisfação e harmonia com os outros; Tais representações coexistem e apresentam elementos a serem integrados ao conceito de saúde. Ademais, nas sociedades modernas, elas possuem uma abrangência ampla, aliando questões médicas com fatores biológicos, culturais, econômicos, sociais, jurídicos, religiosos, etc. Portanto, para ele, por suscitar discussões sobre o comportamento do indivíduo, a saúde torna-se um campo aberto para o ingresso da ciência jurídica, impondo ao Estado, às Empresas e aos indivíduos comportamentos considerados benéficos à saúde. Na esteira dessas considerações, ele conclui que a saúde é representada não apenas pelo comportamento do indivíduo, como também pelo reflexo das influências do ambiente social; Além disso, os fatores estruturais do indivíduo (condição social e econômica) possuem forte influência sobre o estado de saúde das pessoas e auxiliam na compreensão das diferenças entre as condições de saúde dos indivíduos. Dessa forma, exige-se a formulação de diferentes políticas públicas adequadas às diversas realidades sociais. Assim, para ele, as soluções do Direito para as questões relacionadas à saúde devem considerar a complexidade do conceito de saúde e a necessidade de se respeitar as diferentes representações de saúde que podem existir no seio de uma sociedade pluralista e diversificada.

Assim, verifica-se que o conceito de saúde não se demarca nos exatos termos expressos na definição da OMS, em 1946²⁹, o qual consiste em uma fórmula demasiadamente abrangente e que não delimita o seu alcance. A sua amplitude, ao contrário, vem sendo delineada ao longo da

²⁹ “O completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças”.

história, pois o julgamento do que seja saúde varia conforme o local, a época, a população, os avanços tecnológicos, etc. Assim, não se poderia criar um conceito estático e restrito de saúde, o qual deve, na medida em que evoluem a sociedade e as possibilidades humanas, ser igualmente atualizado. De fato, o objetivo do Direito é amoldar-se à realidade social vigente; Nesse sentido, o papel dos poderes estatais traduz-se na modernização das fórmulas concretizadoras dos direitos, adequando-as às necessidades sociais.

Com vistas a destacar as dificuldades inseridas no conceito de saúde pública e a relação desta com o exercício do poder estatal, Aith (2011, pp. 17-18) conceitua a saúde pública, ao mesmo tempo, como uma realidade epidemiológica, um modo de gestão, uma área de atividade profissional e institucional e um campo do conhecimento humano. O autor ensina que ela representa, mais do que um saber, um poder voltado à prevenção, promoção e recuperação da saúde individual e coletiva, à proteção da segurança sanitária da população e do próprio indivíduo. Ele assevera ser fundamental ao desenvolvimento social a tradução de uma realidade em tema de interesse da saúde pública, reconhecido e tratado pelo Direito; Dessa forma, tanto o conceito de saúde quanto os contornos jurídicos dos temas de saúde pública que serão por ele reconhecidos, devem ser produzidos pela sociedade em toda a sua diversidade, devendo ser considerada a multidisciplinariedade que envolve a compreensão da questão da saúde pública e também a multiplicidade de tratamentos e enfoques de uma mesma questão na sociedade democrática (pp. 19-20).

Ao tratar da democracia e dos direitos humanos, os quais constituem a base do Direito Sanitário moderno, o autor afirma que a elaboração, planejamento e execução das políticas públicas devem estar em consonância com os ditames da Constituição e dos demais instrumentos normativos do ordenamento jurídico, além de ter como finalidade o interesse público e a promoção e proteção dos direitos. Para ele, o Estado de Direito representa um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno, e esta atual concepção de Estado direciona a sua estrutura para a promoção e proteção dos direitos humanos, definindo o âmbito e subordinando o poder aos direitos e atributos inerentes à dignidade humana.

Godoi (2011, p. 43) ensina que o processo de construção de uma política pública se inicia com a emergência de um elenco de temas para integrar a agenda das instituições políticas; Para ela, o processo decisório é formado pelo conjunto de regras institucionais, resultando de uma escolha quanto às preferências políticas e as interações estabelecidas entre os atores sociais. A partir daí serão objeto de discussão e de decisão pelos atores políticos. Ela afirma:

A formulação das políticas públicas tem no parlamento um *locus* fundamental, pois aí se inscrevem as demandas sociais, processam-se os conflitos entre os diferentes interesses e são tomadas as decisões de acordo com a hierarquia de preferência dos atores políticos envolvidos (GODOI, 2011, p. 44).

Dessa forma, é possível identificar que os rumos da saúde pública, e nomeadamente do direito à saúde, dependem das opções dos Poderes Executivo e Legislativo, e também das interpretações que o Poder Judiciário fizer no caso concreto, de forma a integrar os enunciados legislativos à realidade social vigente.

Nesse particular, a autora aponta a preponderância do Poder Executivo sobre o Legislativo na definição da agenda e na formulação das políticas públicas, atuando tanto na ação legislativa típica quanto na burocracia estatal (normas infralegais).

Visando medir a ação legislativa em saúde de cada um dos Poderes, a autora aponta, nos 20 anos posteriores à CF (1988 a 2008) e 129 leis ordinárias e 6 emendas constitucionais. A saúde foi considerada em sua concepção mais ampliada, ou seja, abrangendo não apenas a atenção médico-assistencial ou as ações e serviços de saúde, mas os fatores determinantes de doenças e outros agravos, bem como a proteção da saúde da população. Ela recuperou, a partir da identificação de tais leis, as proposições legislativas que lhes deram origem e bem como os dados sobre a tramitação de tais proposições, tendo concluído, em termos quantitativos, pela maior produção legislativa do Poder Legislativo (62,2%) em relação ao Poder Executivo (37,8%), 40,7% de iniciativa da Câmara e 21,5% do Senado, dado este que coloca em questão a aparente preponderância do Executivo na produção legislativa na área da saúde. Ademais, relativamente a tais números, 77,1% das leis de saúde foram originadas de projetos de lei ordinária, 18,5% de

medidas provisórias e 4,4% de propostas de emenda constitucional; A totalidade de emendas constitucionais que tratam de assuntos da área da saúde foi de iniciativa do Legislativo, o que demonstra, segundo a autora, a sua capacidade de estabelecer amplos acordos e de criar consenso político em torno das questões relevantes para a saúde.

Em relação ao conteúdo das leis, considerando os temas de saúde e os objetivos das leis perante as políticas de saúde, Godoi (2011, pp. 48-50) classificou as leis com base nos seguintes critérios: a) Estruturantes do SUS (determinam ou alteram o arcabouço do sistema público de saúde); b) Organizativas do SUS (tratam de questões administrativas do SUS); c) Financiamento do SUS; d) Regulatórias (estabelecem regras de funcionamento dos serviços de saúde); e) Distributivas (transferências de recursos); e f) Simbólicas (não criam direitos). Nesse particular ela destaca que a principal diferença entre as propostas de autoria do Executivo e do Legislativo reside na exclusividade quase total (7 de um total de 8) na formulação de proposições de caráter estruturante ou organizativo do SUS pelo Poder Executivo. Já quanto aos demais critérios, não houve diferenças significativas entre os dois Poderes, sendo que 46,5% das proposições tiveram cunho regulatório, 23% foram distributivas e 14,8% simbólicas (a totalidade dessas leis foi originária do Poder Legislativo). A autora conclui, portanto, considerando o conteúdo das normas legais sobre saúde, que o Executivo detém a primazia na condução das políticas de saúde, o que pode ser explicado pelos obstáculos impostos pela CF, que confere ao Executivo a competência privativa para propor leis que tratem da estrutura da Administração Pública, e da criação de órgãos e estabelecimento de suas atribuições. Ela ressalta, outrossim, que a principal norma que trata do financiamento da saúde, a qual trata da vinculação de recursos mínimos para a saúde (EC nº 29/00), foi de iniciativa do Legislativo.

No que diz respeito às políticas públicas desenhadas pelo Legislativo e pelo Executivo, a autora contrapõe as normas sobre organização e gestão do SUS, vigilância sanitária e concessão de benefícios, originadas pelo Executivo, às áreas de programas e ações de saúde, bioética e biodireito, bem como temas simbólicos, originadas pelo Legislativo. Ela justifica a ausência de proposições de leis dessa natureza pelo Executivo em razão de tais atribuições já serem parte de sua rotina, ao contrário do Legislativo, que

atua para corrigir falhas e deficiência do sistema público de saúde, respondendo a demandas de grupos específicos e usuários do SUS (a exemplo da Lei nº 9.313/96, que determinou a obrigatoriedade de distribuição gratuita de medicamentos pelo SUS aos portadores de HIV).

Por fim, ela destaca que as diferenças entre as atuações dos Poderes Executivo e Legislativo resultam do arranjo institucional determinado pela CF e não expressam as preferências de um ou outro Poder; Enquanto há uma primazia do Executivo em legislar sobre saúde (qualitativamente), atuando principalmente com leis estruturantes e organizativas do SUS (leis definidoras de questões relevantes quanto ao seu funcionamento), o Legislativo prioriza a ação legislativa voltada à adoção de programas e ações de saúde, as quais alteram as prioridades do Executivo e, por isso, devem ser resultantes de demandas de grupos de interesse, motivadas por dificuldades de acesso e cobertura do sistema de saúde. Godoi (2011, p. 55) conclui citando Limongi, de acordo com quem *“A alteração do ‘status quo’ legal, nas áreas fundamentais, depende da iniciativa do Executivo”*.

Relativamente à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na definição de políticas públicas de saúde, em que pese a maior atuação do Legislativo em relação ao Executivo, a maioria das proposições deste volta-se à determinação ou alteração do arcabouço do sistema público de saúde, ao passo que o Legislativo atua majoritariamente para atender determinados específicos e usuários do SUS para melhorar o sistema. Por outro lado, tendo em vista que todas as emendas constitucionais descritas foram de iniciativa do Legislativo, pode-se afirmar que este consegue amplo consenso político para a definição de questões relevantes ao tema da saúde. Assim, ambos os poderes têm sua parcela de contribuição quanto à elaboração da política pública da saúde.

No que tange aos deveres do Estado para a garantia do direito à saúde, Aith (2011, p. 31) estatui que a Constituição impôs deveres a todos os poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), em todos os níveis de governo da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). A obrigação de legislar para proteger e defender a saúde foi prevista como sendo de competência legislativa concorrente da União (para o estabelecimento das normas gerais ou principiológicas, vale dizer, princípios e diretrizes genéricas

de observância obrigatória pelos legisladores estaduais e municipais) e dos Estados (atua de forma suplementar, podendo exercer a competência legislativa plena no caso de ausência de lei federal, para atender suas peculiaridades, sendo a lei estadual suspensa com a superveniência da lei federal); Também prevê-se a competência legislativa dos Municípios, para suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, ou seja, para preencher eventuais lacunas legislativas ou atender às peculiaridades dos municípios. Portanto, legislar para proteger o direito à saúde é um dos deveres fundamentais do Poder Legislativo, a quem compete, também, a fiscalização do Poder Executivo sobre a correta execução das leis aprovadas, de forma a definir os recursos a serem aplicados em saúde no Brasil, por meio da aprovação das leis orçamentárias anuais e plurianuais.

Relativamente aos deveres do Poder Executivo na garantia do direito à saúde, o autor remete ao art. 23, II, da Constituição Federal, o qual estabelece ser de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e da assistência pública, bem como da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; Assim, todos os entes federativos do Brasil possuem atribuições solidárias voltadas à atenção à saúde. Esse modelo de organização implica em um Sistema Único de Saúde que seja resultado da soma dos subsistemas federal, estaduais e municipais, pois cada ente federativo possui seu sistema de saúde, com direção única em cada esfera de governo. A competência material de cada ente federativo em relação à prestação de serviços públicos de saúde encontra-se na própria Constituição, cuja complementação se deu pela Lei nº 8.080/90 e outros normativos específicos, sendo o SUS composto pelo conjunto de ações e serviços públicos de saúde prestados no Brasil, através de um sistema que define, harmoniza, integra e organiza tais ações e serviços. A Constituição define, também, as principais diretrizes do SUS e fixa os parâmetros de financiamento das ações e serviços públicos de saúde, orientando a atuação dos agentes públicos estatais para a proteção do direito à saúde.

Romero (2011, pp. 83-86) discorre a respeito do tema da responsabilidade sanitária e os percalços da construção de um sistema único de saúde em um Estado federado. Para ele, desde a instituição do SUS, sua organização se deu pelo papel regulador do Ministério da Saúde, de forma que

se mantinha na União o poder central, ficando os Estados e os Municípios dependentes dela quanto à formulação de políticas, à normatização, ao financiamento, à manutenção de serviços e à execução de ações, pois, ainda que estes sejam competentes para a prestação das ações e serviços, ficam dependentes da transferência de recursos financeiros da União para o seu financiamento.

Ele ressalta que o primeiro avanço no processo de gestão e descentralização do sistema, trazendo regras de convivência entre União, Estados e Municípios, foi a criação do processo de “habilitação”, o qual concedia aos Estados e Municípios a gestão da saúde em seus territórios. O segundo progresso foi a instituição de instâncias de deliberação e decisão (comissões intergestores), em que as representações dos entes federados deliberam e pactuam sobre a organização administrativa e técnica do sistema, na busca de regras de cooperação e controle mútuo. Ele cita como melhoria, ademais, a ampliação das transferências diretas fundo a fundo, instituída pela NOB de 1996.

Relativamente às NOAS de 2001 e 2002, o autor esclarece que elas ampliaram as responsabilidades dos municípios na atenção básica e estabeleceram o processo de regionalização e hierarquização. Ele também enaltece, em 2006, a criação do “Pacto pela Saúde”, o qual representa uma nova forma de relacionamento entre os entes federados na área da saúde. Segundo ele, o pacto promoveu significativas inovações nos processos e instrumentos de gestão, em busca de maior efetividade, eficiência e qualidade das respostas do sistema, tendo redefinido as responsabilidades, as quais passam a ser atribuídas, de forma pactuada entre os gestores, de acordo com a capacidade da rede de serviços. Criou-se, em substituição à “Habilitação”, o “Termo de Compromisso de Gestão”, que contém metas e objetivos dos planos adotados por cada ente, bem como as responsabilidades e atribuições de cada gestor envolvido na sua implementação, e os indicadores de monitoramento (pp. 87-88).

No que tange aos deveres do Poder Judiciário para a garantia desse direito, Aith (2011, pp. 35-36) assevera que, uma vez reconhecida a saúde como direito fundamental pela CF, cabe ao Estado o dever de assegurar tal direito e ao Judiciário apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º,

XXXV, da CF), de forma que deva apreciar todas as demandas sobre lesões ou ameaças de lesões ao direito à saúde, ao mesmo tempo que ao Legislativo compete elaborar as leis que garantam as condições sociais e instrumentais necessárias à execução de políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos à saúde e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos para a promoção, proteção e recuperação da saúde, e o Executivo deve organizar a rede de serviços públicos de saúde, direta ou indiretamente, por meio do SUS.

O autor destaca que o aumento da atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde vem provocando reações positivas deste poder estatal, pois se verifica um esforço para que seu papel seja cumprido com eficácia e de forma equilibrada. Nessa perspectiva ele cita a Audiência Pública organizada pelo Presidente do STF, em 2009, para discutir com a sociedade o que seria a “judicialização da saúde”, a qual culminou na aprovação da Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça, que recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito nas questões envolvendo a assistência a saúde; Ele destaca, também, a criação do Fórum Nacional do Judiciário para a saúde, criado na 102ª sessão do CNJ, em 2010.

Pode-se dizer que os poderes estatais devem atuar para desempenhar, da melhor e mais ampla forma possível, os deveres criados diante das escolhas do constituinte. O Legislativo tem o dever de criar as leis regulamentadoras dos direitos previstos na Constituição, delimitando a sua incidência; O Executivo precisa estabelecer as prioridades na área de saúde, promovendo as políticas públicas para atendê-las integralmente; O Judiciário, por sua vez, deve atuar na complementação dos conceitos e fórmulas adotados pelos demais poderes públicos, atualizando-os conforme as necessidades reais da população ou, ainda, outorgando o direito à saúde, quando ausente a sua efetivação ou quando impossibilitado o seu exercício. Dessa forma, o dever estatal à implementação da saúde tem seus contornos definidos na CF e nas leis ordinárias, o que suscita a vasta e irrestrita atuação estatal no seu cumprimento.

No que tange à responsabilidade sanitária, Romero (2011, p. 89) estatui que tal conceito foi sendo construído conjuntamente com o pacto

federativo, e que embora tenha se avançado no desenvolvimento de instâncias e regras de cooperação intergovernamental, o mesmo não ocorreu em relação aos mecanismos de controle mútuo destinados à responsabilização dos gestores de saúde pela falha na organização de serviços e na implementação de ações de saúde (tanto pela não aplicação dos recursos de transferência intergovernamental quanto pela não execução das ações programadas e pactuadas entre os gestores). Nessa perspectiva, o autor ensina que a “Lei de Responsabilidade Sanitária” foi idealizada, inicialmente, para dar efetividade aos comandos da União sobre a Política Nacional de Saúde, e, em um segundo momento, passou a ser um mecanismo jurídico de aprimoramento dos arranjos interfederativos, de forma a favorecer a construção de tais consensos e para responsabilizar os agentes públicos que os descumprirem injustificadamente.

O autor assevera que a responsabilidade sanitária do Estado foi inicialmente concebida como a responsabilidade objetiva do Estado com a concretização do seu dever constitucional em relação à saúde, realizando o princípio da integralidade da atenção. No entanto, ele ensina que nos anos seguintes à institucionalização do SUS, as contingências orientadores do Estado Neoliberal limitaram significativamente a construção do sistema preconizado pela CF/88, restringindo a capacidade de ação do Estado de implementar as tarefas determinadas pelo seu dever constitucional; Tal quadro se agravou diante da “[...] falta de clareza na definição dos papéis e os conflitos de interesse entre as esferas de governo responsáveis pela formulação e execução da política setorial” (ROMERO, 2011, p. 90). A partir de 2004 ele relata uma mudança significativa de acepção do termo: A responsabilidade passa a ser subjetiva do gestor do sistema (com a possibilidade de sua responsabilização direta) e as normas geradoras de obrigação se ampliam, inclusive com o “Pacto pela Saúde”, em 2006. Para ele, é difícil conceber essa nova responsabilidade no âmbito da responsabilidade civil do Estado, pois diz respeito à obrigação do agente público em promover a prestação de determinados serviços no campo da saúde, ou seja, buscar instrumentos jurídicos que deem suporte e efetividade às regras de cooperação intergovernamental e de controle mútuo, de forma a corrigir a ausência de instrumentos legais para apurar responsabilidades e sancionar os gestores que

descumpram suas obrigações legais, que deixem de honrar contratos interfederativos e que não executem os planos de saúde aprovados ou as metas pactuadas; Assim, confere-se uma dimensão criminal à responsabilidade sanitária.

O autor conclui, nesse particular, que tal proposição institui um novo paradigma em matéria de responsabilidade sanitária do Estado, a qual independe das responsabilidades penal, civil e administrativa previstas em legislações específicas. Para ele, portanto:

[...] o ato de responsabilidade sanitária constitui ilícito com características típicas quanto à sua natureza – diretamente ligada ao risco de dano à saúde da população associado à falta de serviço -, do que decorrem sanções também específicas que alcançam o agente público em qualquer caso e não apenas por regressão. (ROMERO, 2011, p. 94).

O autor ressalta a dificuldade de se instituir uma nova responsabilidade no âmbito do direito sanitário em razão do conceito inacabado de responsabilidade sanitária; Por outro lado, ele enaltece a inovação, do ponto de vista jurídico, do reconhecimento do poder vinculativo dos acordos interfederativos, dos planos de saúde e de um mínimo de resultados em saúde como fontes do direito e objeto de responsabilização caso descumpridos.

A responsabilidade sanitária constitui uma tendência para se verificar o cumprimento do dever constitucional à saúde. Assim, torna-se imperativo saber a qual dos poderes e em que esfera e nível de governo ela está distribuída. Exigir a aplicação dos percentuais mínimos em saúde, o cumprimento dos acordos pactuados entre os gestores, bem como a comprovação de resultados mínimos em saúde, são formas de promover o implemento do direito à saúde.

7.2 OBSTÁCULOS E DESAFIOS DO ESTADO PARA A PLENA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O presente trabalho teve como principal objetivo compreender o dever instituído pela Constituição Federal de 1988, o qual se volta à garantia e preservação da saúde de todos, tanto no aspecto promocional, quanto protetivo e preventivo.

Segundo os relatórios extraídos da PNAD (Pesquisa Nacional por Amstras de Domicílios) e IDSUS (Índice de Desempenho do SUS), no ano de 2008, 42% da população respondeu ter utilizado os serviços do SUS nos últimos quinze dias, e 63% avaliou o serviço prestado como ruim ou péssimo. Além disso, a nota atribuída para os indicadores de saúde, acesso e qualidade no atendimento ficou em 5,4 pontos, de um total de 10.

Ademais, de acordo com os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2009, os governos federal, estaduais e municipais foram responsáveis por apenas 42% dos gastos com saúde no país, enquanto as famílias e instituições sem fins lucrativos respondem pelos 58% restantes. Tais gastos públicos em saúde representaram 3,6% do Produto Interno Bruto (PIB), enquanto os gastos privados alcançaram 4,9%.

Na esteira dessas considerações, Giovanella (2013) estatui:

Não alcançamos uma universalidade completa com o Sistema Único de Saúde (SUS). A criação do SUS possibilitou a melhoria do acesso da população, mas essa melhoria do acesso ainda não é suficiente para cobrir as necessidades de saúde. Mais da metade dos gastos totais em saúde no país são gastos privados. Os gastos públicos não alcançam 50%. Nos países que têm realmente sistemas universais de saúde, os gastos públicos correspondem a 80%.

Além disso, a pesquisadora afirma que o Estado não apenas gasta menos do que as famílias, como também do que outros países que possuem sistemas públicos universais, como a Espanha, o Reino Unido e a Suécia, que investem em torno de 7% a 9% do PIB. Ela complementa:

O SUS sofre de um subfinanciamento crônico. Quando a população vai às ruas clamar por mais recursos públicos na saúde, ela tem toda razão. Nosso gasto público com saúde é menor do que 4%. A gente precisa de pelo menos 8% do PIB. Precisamos dobrar os gastos. Nossas riquezas nacionais nos permitiriam ter gastos mais elevados com saúde.

Outro dado relevante é o que de que do total de 6.300 hospitais existentes no país, 70% são privados, sendo 35% dos leitos públicos. Desse total, 75% dependem exclusivamente do SUS e 25% atendem os planos de saúde.

De acordo com os dados do CNES (Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde do Brasil), há desigualdade na distribuição de médicos no SUS, os quais estão concentrados na região Sudeste. O mesmo também pode ser dito em relação aos demais profissionais da saúde:

FIGURA 5 – Recursos Humanos no SUS no ano de 2012

Fonte: Ministério da Saúde - Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde do Brasil - CNES

FIGURA 6 – Distribuição dos Médicos no Brasil no ano de 2012

Fonte: Ministério da Saúde - Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde do Brasil - CNES

Dos relatórios extraídos da PNAD e IDSUS, bem como das leituras realizadas e dos demais dados coletados, pode-se extrair a conclusão de que tal dever não ainda não foi devidamente cumprido, pois os serviços de saúde não são prestados com a aludida universalidade prevista na Constituição Federal.

A hierarquização e descentralização também precisam ser revistas, pois a lógica de responsabilizar os Municípios gerou uma fragmentação da rede, a qual leva à redução da integralidade, diante da forte dimensão econômica envolvida, e que pode ser constatado pela lógica do Decreto nº 7.508/2011. Assim, aumenta-se a tendência da judicialização para atender casos não enquadrados pelos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.

Na esteira dessas considerações, indaga-se como manter a unidade do SUS considerando a sua fragmentação político-jurídico-administrativa? E ainda, qual seria a melhor forma de prestar o serviço público?

Os COAPS (Contratos Organizativos da Ação Pública da Saúde) vêm como uma tentativa de integrar e organizar as ações e serviços de saúde do SUS, com a definição de responsabilidades e metas de saúde, bem como trazendo critérios de avaliação de desempenho, os recursos financeiros que serão disponibilizados, a forma de controle e a fiscalização da sua execução, bem como dos demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde.

De outro lado, de acordo com Scheffer (2013), vê-se uma tendência de aumento da privatização do campo da saúde, e, conseqüentemente, uma redução do âmbito de atuação do SUS, consolidando-o como um sistema estratificado, apenas para atender a população carente. Nessa perspectiva, surge o intuito de expansão da oferta pública dos planos de saúde. Há, assim, uma aposta do governo de investir em planos de saúde como alternativa ao SUS.

Alguns desafios para que o direito sanitário defina os seus contornos e ofereça soluções adequadas às questões relacionadas com o direito à saúde são apontados pelo autor, tais como a judicialização da saúde, pois, se por um lado, o aumento das demandas judiciais pedindo serviços de saúde pode comprometer as políticas públicas programas, interferindo na

capacidade de planejamento e ação do Poder Executivo, por outro, o Poder Judiciário não pode deixar de proteger o direito à saúde de todos aqueles que legitimamente levarem ao seu conhecimento uma lesão ou ameaça a tal direito. Assim, deve-se buscar a harmonia e independência dos poderes, de forma que se verifique o uso equilibrado dos poderes estatais. Ele também menciona os conflitos entre saúde pública e as liberdades individuais, uma vez que, para a proteção da saúde pública, é necessário que se proíba, limite ou condicione o exercício de certas liberdades individuais, a exemplo do tratamento compulsório; Assim, definir os imites da liberdade individual em nome da saúde pública, bem como os limites desta em relação àquela, é um desafio permanente não só do Direito, como de todas as sociedades democráticas. Aith (2011, p. 38) também faz menção aos modelos jurídicos de prestação dos serviços públicos de saúde como uma dificuldade do direito sanitário; Para ele, compreender quais os modelos mais adequados para a prestação de serviços de saúde eficazes, de qualidade e humanizados é fundamental para a efetivação do direito à saúde. Relativamente aos modelos de participação da comunidade na efetivação do direito à saúde, por meio de mecanismos que assegurem à população uma efetiva participação na formulação e execução das políticas de saúde, bem como na produção das normas jurídicas sobre saúde, o autor cita as conferências e os conselhos de saúde, institucionalizados pela Lei nº 8.142/90, mas alerta para a necessidade de se compreender se tais mecanismos asseguram, de fato, a participação da comunidade, e se são passíveis de melhorias ou de substituição por mecanismos melhores e mais democráticos.

Conclui-se, deste modo, que a implementação do direito à saúde, exige, mais do que a ação dos poderes estatais, a atuação da comunidade, a qual deve participar das instâncias de participação popular criadas, delineando suas necessidades em saúde. Assim, não apenas o Legislativo deve criar as leis regulamentadoras dos direitos previstos na Constituição, delimitando a sua incidência, como o Executivo necessita priorizar os temas mais relevantes e prioritários na área de saúde, promovendo as políticas públicas para atendê-las integralmente, e o Judiciário deve complementar a atuação dos demais poderes públicos, suprindo-os quando for necessário à garantia do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

Ackerman B. The new separation of powers. *Harvard Law Review*. Vol. 113 (3). 200. P. 633-729.

Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Boas práticas regulatórias. Brasília, 2008.

Agência Brasil. Setor público responde por apenas 42% dos gastos com saúde no país. Acesso em 15/05/2014. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-06-29/setor-publico-responde-por-apenas-42-dos-gastos-com-saude-no-pais>.

Aith FMA. A Emergência do Direito Sanitário como um Novo Campo do Direito. *In Estudos de Direito Sanitário: A produção normativa em saúde*. Org. Luiz Carlos Romero e Maria Célia Delduque. Senado Federal, 2011.

_____. A Saúde como Direito de Todos E dever do Estado: O papel dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil. *In Direito Sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível*. Org. Aith, Fernando *et al.* Escola de Saúde Pública de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

_____. Curso de Direito Sanitário: A proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. Teoria geral do direito sanitário brasileiro. Vol. 01. Tese apresentada ao programa de pós-graduação da FSP/USP. São Paulo, 2006.

Azambuja, D. Teoria Geral do Estado. 42. ed. São Paulo: Globo, 2002.

Barcellos AP. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*. Ano 1, n. 1 – jul/dez, 2008.

Barreto Júnior IF, Silva ZP. Reforma do sistema de saúde e as novas atribuições do Gestor estadual. *São Paulo em Perspectiva*, 18(3) 2004.

Barroso LR. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2012.

Bittencourt MVC. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais e Atos Legislativos. Disponível em:

http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_id=1856. Acesso em out/2011.

Brasil, Constituição da República Federativa. Publicada em 05 de outubro de 1988.

_____, Lei nº 12.401. Publicada em 28 de abril de 2011.

_____, Lei nº 8.080. Publicada em 19 de setembro de 1990.

_____, Lei nº 8.142. Publicada em 28 de dezembro de 1990.

_____. Lei complementar nº 141. Publicada em 13 de janeiro de 2012.

_____. Lei nº 8.080. Publicada em 19 de setembro de 1990: Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Câmara dos Deputados. Relatório Final da CPI-Medicamentos. Disponível em: www.crf-mt.org.br/arqs/materia/1362_a.pdf. Acesso em 01 out. 2012.

Castro JL, Castro JL, Vila, RLA. Quem são os Gestores Municipais de Saúde no Rio Grande do Norte? Um estudo sobre o perfil .

Colnago, C. Considerações sobre o Crime de responsabilidade ("impeachment"). Disponível em: [<http://www.colnago.adv.br/tag/crime-de-responsabilidade/>]. Acesso em out/2011.

Comparato FK. A Afirmação histórica dos direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Atenção Primária e Promoção da Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2007.

_____. Distrito Federal / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. A gestão da saúde nos estados: avaliação e fortalecimento das funções essenciais. Brasília: CONASS, 2007.

_____. Legislação Estruturante do SUS / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília : CONASS, 2007.

_____. O Direito Sanitário e o SUS. Gestão Participativa/2009. – Brasília : CONASS, 2009.

_____. Regulação em Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde– Brasília : CONASS, 2007.

_____. Vigilância em Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília : CONASS, 2007.

Costa AB...[et al] (organizadores). O direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2008.

Dain S, Machado FRS. Direito e Saúde: Contribuições para o Estudo da Judicialização in Direito Sanitário. Org. Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Dallari DA. Elementos de teoria geral do Estado. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Dallari SG. Direito Sanitário. In Brasil. Ministério da Saúde. Direito sanitário e saúde pública. Vol. I: Coletânea de textos. Brasília: Ministério da saúde, 2003.

_____. Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde. São Paulo: Hucitec, 1995.

Dallari SG, Nunes Júnior VS. Direito Sanitário. São Paulo: Verbatim, 2010.

Davies ACI. Saúde pública e seus limites constitucionais. São Paulo: Verbatim, 2012.

Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Revista da Defensoria Pública. Ano 1 – n. 1. EDEPE. Edição Especial Temática sobre Direito à Saúde. Vol. 01. Jul/dez 2008.

Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Revista da Defensoria Pública. Ano 1 – n. 1. EDEPE. Edição Especial Temática sobre Direito à Saúde. Vol. 02. Jul/dez 2008.

Di Pietro MSZ. Direito Administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Atlas.

Dias HP. Direito Sanitário. 2003. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.anvisa.gov.br%2Fdivulga%2Fartigos%2Fartigo_direito_sanitario.pdf>. Acesso em: set/2011.

Elias AN. A discricionariedade técnica nos atos administrativos sanitários. Dissertação apresentada à FSP/USP. São Paulo, 2006.

Godoi. AMM. A Eficácia do Poder Executivo e do Poder Legislativo na Elaboração da Legislação Federal em Saúde de 1988 a 2008. In Estudos de Direito Sanitário: A produção normativa em saúde. Org. Luiz Carlos Romero e Maria Célia Delduque. Senado Federal, 2011.

Grau ER. O Direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 1996.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Pesquisa Conta-Satélite de Saúde Brasil. Realizada em 2009. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?id=1214396&tit=Familias-arcam-com-56-do-gasto-com-saude>. Acesso em 25jan2013.

Mashall TH. Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

Matos BF. O Direito à Saúde a Luz da Constituição Federal. Web Artigos. 24 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-direito-a-saude-a-luz-da-constituicao-federal/21909/>>. Acesso em 26 abr. 2012.

Meirelles HL. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2000.

Melo GND. Ofício de Professor: Aprender para Ensinar, 2001.

Ministério da Saúde e Fundação Oswaldo Cruz. Temas atuais do direito sanitário. Org. Maria Célia Delduque. Brasília: CEAD/FUB, 2009.

Ministério da Saúde. Direito sanitário e saúde pública. Vol. 01. Brasília, 2003.

_____. Direito sanitário e saúde pública. Vol. 02. Brasília, 2003.

_____. Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde. Brasília, 2006.

_____. Portaria nº 2.203 – NOB. Publicada em 05 de novembro de 1996. Brasília, MS.

_____. Portaria nº 373 - NOAS. Publicada em 27 de fevereiro de 2002. Brasília, MS.

_____. Portaria nº 399 – Pacto pela Saúde. Publicada em 22 de fevereiro de 2006. Brasília, MS.

_____. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Direito Sanitário e Saúde Pública. Márcio Iorio Aranha (Org.). Série E. Legislação de Saúde. Vol. 01: Coletânea de textos. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

_____. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Direito Sanitário e Saúde Pública. Márcio Iorio Aranha (Org.). Série E. Legislação de Saúde. Vol. 02: Manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

Montesquieu CDS. O Espírito das Leis: As formas de governo, a Federação e a divisão dos Poderes. Int., trad. e notas Pedro Viera Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Nunes Júnior, VS. A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

Organização Mundial da Saúde (OMS). Constituição da Organização Mundial da Saúde. Promulgada em 22 de julho de 1946.

Piçarra N. A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Coimbra, 1989.

Piovesan F. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Pretel M. O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 mar. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=151_&ver=578>. Acesso em: 26 abr. 2012.

Rodrigues PH. Objeto da regulação: Responsabilidade dos gestores públicos de serviços de saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. 2003.

Romero LC. Federalismo e Responsabilidade Sanitária (Percalços da construção de um sistema único de saúde em um Estado federado). In Estudos de Direito Sanitário: A produção normativa em saúde. Org. Luiz Carlos Romero e Maria Célia Delduque. Senado Federal, 2011.

Santos L. SUS: Contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. Exclusivo para web. Radis nº 49 – Setembro de 2006. Disponível em: [http://www.idisa.org.br/site/documento_3579_0__sus:-contornos-juridicos-da-integralidade-da-atencao-a-saude.html]. Acesso em out/2011.

_____. SUS e a Lei Complementar 141 comentada. Campinas, SP: Saberes Editora, 2012.

_____. Coletânea de Leis e Julgados da Saúde: Sistema Único de Saúde. Campinas: IDISA, 2003.

Santos AA. Conceito de Saúde: perspectiva histórica. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 set. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33521>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

Sarlet IWS, Figueiredo MF. Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 Anos da Constituição Federal de 1988. 14/03/2009. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>.

Acesso em: Set/2011.

_____. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: aproximações. *Revista da Defensoria Pública*: Ano 1, n. 1 p. 179-234, jul/dez, 2008.

Serrano MAM. O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

Silva JA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Silva VA. O Judiciário e as Políticas Públicas: Entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In* Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie (Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 587-599.

Werner PUP. O Direito Social e o Direito Público à Saúde: O desafio de compreender um direito com duas faces. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo. Vol. 9, n. 2, p. 92-131, jul/out, 2008.

Mariana Fordellone Rosa Cruz

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/5347559314823360>
Última atualização do currículo em 02/08/2014

Mariana Fordellone Rosa Cruz é Advogada e Docente da Universidade Norte do Paraná - Campus Bandeirantes. Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho e em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, atualmente Mestranda do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Atua principalmente nos seguintes temas: Direito Público; Direitos Fundamentais; Direito Sanitário. **(Texto informado pelo autor)**

Identificação

Nome Mariana Fordellone Rosa Cruz
Nome em citações bibliográficas CRUZ, M. F. R.

Endereço

Formação acadêmica/titulação

2012	Mestrado em andamento em Saúde Pública (Conceito CAPES 5).
Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Título: Os Papeis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na Efetivação do Direito à Saúde, Ano de Obtenção: 2014.
Orientador: Sueli Gandolfi Dallari.
Co-orientador: Fernando Mussa Abujamra Aith.
2011 - 2013	Especialização em Direito Constitucional Contemporâneo. (Carga Horária: 360h).
Instituto de Direito Constitucional e Cidadania.
Título: O conteúdo, os titulares e os destinatários do conceito de direito-dever à saúde na CF.
Orientador: Zulmar Fachin.
2010 - 2011	Especialização em Direito Público. (Carga Horária: 420h).
Universidade Gama Filho, UGF, Brasil.
Título: Estado e Regulação.
Orientador: Lier Ferreira.
2005 - 2009	Graduação em Direito.
Universidade Norte do Paraná, UNOPAR, Brasil.
Título: O cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado: uma análise sob a perspectiva da recuperação do condenado.
Orientador: Amir Roberto Salmen.
Bolsista do(a): Prefeitura Municipal de Bandeirantes.

Formação Complementar

2011 - 2011	Curso de Atualização em Direito. (Carga horária: 35h).
Complexo Jurídico Damásio de Jesus.
2009 - 2010	Curso de Atualização em Direito. (Carga horária: 980h).

Sueli Gandolfi Dallari

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3996115229022340>
Última atualização do currículo em 29/07/2014

Advogada, possui mestrado, doutorado e Livre-Docência em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo e pós-doutorado em direito médico pela Université de Paris XII (França) e em saúde pública pela Columbia University (EUA). Atualmente é professora titular da Universidade de São Paulo. Foi professora convidada da Columbia University (School of International and Public Affairs - 1995), da Université de Nantes (Faculté de Droit - 2003, 2004 e 2006) e da Université de Paris X (Faculté de Droit - 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013). Participou da fundação do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (1988) e foi a primeira coordenadora científica do Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo (1990). Atua principalmente no campo do direito sanitário, da saúde pública e da ética em saúde. **(Texto informado pelo autor)**

Identificação

Nome	Sueli Gandolfi Dallari
Nome em citações bibliográficas	DALLARI, S. G.; DALLARI, SUELI GANDOLFI

Endereço

Endereço Profissional	Universidade de São Paulo, Faculdade de Saúde Pública, Departamento de Prática de Saúde Pública. Av. Doutor Arnaldo, 715 - sala 11 - subsolo Cerqueira Cesar 01246-904 - São Paulo, SP - Brasil Telefone: (11) 30617774 Fax: (11) 30854487 URL da Homepage: www.cepedisa.org.br
------------------------------	--

Formação acadêmica/titulação

1993	Livre-docência. Faculdade de Saúde Pública. Título: Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde, Ano de obtenção: 1993. Palavras-chave: Direito Sanitário; Direito à Saúde. Grande área: Ciências Sociais Aplicadas / Área: Direito / Subárea: Direitos Especiais / Especialidade: Direito Sanitário. Grande Área: Ciências da Saúde / Área: Saúde Coletiva. Setores de atividade: Saúde Humana.
1993 - 1993	Pós-Doutorado. Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne. Grande área: Ciências da Saúde / Área: Saúde Coletiva / Subárea: Direito à Saúde. Grande Área: Ciências da Saúde / Área: Saúde Coletiva / Subárea: Saúde Pública.
1985 - 1986	Pós-Doutorado. Columbia University, COLUMBIA, Estados Unidos. Grande área: Ciências da Saúde / Área: Saúde Coletiva / Subárea: Saúde Pública.