

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

ARTHUR HENRIQUE KLEIN

**O CONTEXTO SÓCIO-JURÍDICO-POLÍTICO DA SAÚDE E A PARTICIPAÇÃO
DEMOCRÁTICA: controle social das políticas públicas de saúde**

São Leopoldo

2013

ARTHUR HENRIQUE KLEIN

**O CONTEXTO SÓCIO-JURÍDICO-POLÍTICO DA SAÚDE E A PARTICIPAÇÃO
DEMOCRÁTICA: controle social das políticas públicas de saúde**

Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de
Mestre pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade do Vale do
Rio dos Sinos – UNISINOS
Área de concentração: Direito público

Orientadora: Prof. Dra. Sandra Regina Martini Vial

São Leopoldo

2013

K63c Klein, Arthur Henrique

O contexto sócio-jurídico- político da saúde e a participação democrática: controle social das políticas públicas de saúde / Arthur Henrique Klein. -- São Leopoldo, 2013.

149 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013.

Orientadora: Profa. Dra. Sandra Regina Martini Vial.

1. Direito. 2. Políticas públicas. 3. Sistema de saúde. 4. Controle social. 5. Participação popular. 6. Democracia sanitária. I. Título. II. Vial, Sandra Regina Martini.

CDU 34

**O CONTEXTO SÓCIO – JURÍDICO – POLÍTICO DA SAÚDE E A PARTICIPAÇÃO
DEMOCRÁTICA: controle social das políticas públicas de saúde**

Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de
Mestre pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito, da Universidade do Vale do
Rio dos Sinos – UNISINOS
Área de concentração: Direito Público

Aprovado em ___ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Sandra Regina Martini Vial - UNISINOS

Componente da Banca Examinadora – Instituição a que pertence

Componente da Banca Examinadora – Instituição a que pertence

*Dedico este trabalho a essência da natureza humana resumida em uma pessoa:
Manoela Beatriz Martins. Aos meus pais, Jaime e Iraci, e às minhas irmãs, Cinara e
Luiza, pelo apoio incondicional.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me proporcionado ultrapassar mais esta etapa importante da minha vida e da minha formação acadêmica. Com certeza enormes ganhos como ser humano obtive desta experiência.

Agradeço de forma especial e carinhosa a minha orientadora, Professora Dra. Sandra Regina Martini Vial, pela forma afável e receptiva com que encarou meu apelo para assunção da responsabilidade de orientar-me nesta empreitada. Jamais esquecerei os conselhos e contribuições que me deste durante toda essa intensa trajetória. Obrigado de coração.

Não menos importante agradecer a uma pessoa que aprendi a respeitar e admirar desde os tempos acadêmicos da graduação, Professor Dr. Wilson Engelmann. Com certeza um dos profissionais educadores de maior capacidade cognitiva emocional que já tive o prazer de conhecer. Teus conselhos e sua atenção dispensada na busca pela solução dos anseios e apreensões dos alunos do Programa de Pós-graduação servem de estímulo para que estes, nos quais me incluo, possam dar continuidade no ardoroso caminho da busca pelo conhecimento. Obrigado e parabéns.

Aos demais professores do Programa de Pós-graduação em Direito por terem me proporcionado momentos de profundo aprendizado jurídico e humanístico.

Aos colegas do Programa de Pós-graduação – Mestrado, pelo apoio recíproco nos momentos desafiadores e de dificuldades que passamos no decorrer desse curso, experiências que muito nos acrescentou academicamente e pessoalmente.

Às servidoras da Secretaria do PPG pela atenção e receptividade no exercício de suas funções.

Aos meus familiares e amigos por terem compreendido minhas ausências sociais, mesmo quando minha mente clamava pelas suas companhias, mas o dever me impunha o duro ofício de restringir-me ao estudo.

A todos os demais que de alguma maneira contribuíram à elaboração do trabalho.

*"Há homens que lutam um dia e são bons.
Há outros que lutam um ano e são melhores.
Há os que lutam muitos anos e são muito bons.
Porém, há os que lutam toda a vida.
Esses são os imprescindíveis."
Bertolt Brecht¹*

¹ BRECHT, Bertolt. *Os que lutam*. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/NjY0Nzc/>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

RESUMO

O tema envolvendo políticas públicas e a sua efetividade foi secularmente objeto de estudos e pesquisas. A forma de controle e fiscalização das ações e programas públicos ganha relevância no cenário contemporâneo, onde a sociedade clama por ações efetivas e gestões de resultados. As novas tecnologias, aliadas às suas peculiares formas de contextualização e compartilhamento de informações, inaugurou uma nova forma de controle social, que atua de forma deliberada e exerce uma nova função que transcende a simplória democracia representativa do voto popular. Na medida em que a boa governança deixa de ser encarada somente como um direito do cidadão e passa a ser vista como um dever dos gestores públicos quando do desempenho de suas funções governamentais, o poder de controle dos atos de gestão, realizado pela sociedade civil em seus mais diversos campos de atuação, torna-se das mais efetivas formas de combate aos desvios de recursos e finalidades. Priorizando o tema de controle das finanças públicas e a efetividade do sistema de saúde, procurou-se analisar os diversos diplomas legais que tratam a matéria, juntamente com os princípios que regem as condutas públicas. A complexidade da efetivação do direito à saúde, na sua mais ampla concepção, perpassa pela apreciação dos desafios impostos ao poder público, referente a falta de profissionais médicos, a restrição orçamentária e a forma com que o judiciário vem enfrentando a questão referente ao resguardo desse direito fundamental. A participação ativa dos cidadãos no processo de tomada de decisões concernentes a execução das políticas públicas de saúde, como forma de exercício do controle social, estabelece um novo marco na democracia contemporânea, denominado de democracia sanitária.

Palavras-chave: Políticas públicas. Sistema de saúde. Controle social. Participação popular. Democracia sanitária.

ABSTRACT

The theme involving public policies and their effectiveness has been object of study and research for centuries. The forms to control and supervise the actions of public programs gain relevance in the contemporary scenery, where society claims for effective action and managements of results. The ways the policies of public programs are to be controlled and supervised gain particular relevance in the contemporary political scenery, as today's society is more politically aware and claims for more effective action and better final results. New technologies, with their peculiar forms of contextualization and information sharing, have inaugurated a new form of social control, which acts powerfully and exerts a new function, which transcends the simplistic representative democracy of the popular vote. As good government is no longer seen only as a citizen's right but as a duty of public officials when performing their governmental functions, the power to control the acts of the government officials, undertaken by the civil society in its various fields of action, becomes a most effective way to combat the fraudulent use of public resources. Upon giving priority to public finances control and to effective public health systems, I have tried to analyze the legislation that deals with the subject, together with the principles governing the conduct of public officials. The complexity involving safeguarding the right to health, in its broadest conception, has to do with assessing the challenges the state and federal governments have to face, namely, shortage of medical professionals and budget constraints, and with examining how the judiciary is managing the problems involved in preserving this fundamental right. The active participation of every citizen in the decision-making process concerning the implementation of public health policies, as an exercise of citizenship and social control, establishes a new landmark in today's democracy, which has already been called a pro-health democracy.

Keywords: Public policies. Health systems. Social control. Popular participation. Pro-health democracy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO DO CIDADÃO À BOA GOVERNANÇA E O RESGUARDO DO ACESSO À SAÚDE	16
2.1 A Boa Governança e a Dignidade da Pessoa Humana: aspectos conceituais e históricos	17
2.1.1 Fundamentos para a Boa Governança: A dignidade da pessoa humana e os direitos sociais.....	22
2.1.2 O Agir Eficiente do Poder Público: dever do administrador e direito do cidadão	26
2.2 A Discricionariedade Administrativa no Brasil e o Direito à Saúde	29
2.2.1 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade	33
2.2.2 A Transparência Administrativa e os Novos Meios Tecnológicos no Combate à Corrupção.....	38
2.3 Os modelos estatais frente às novas exigências de governabilidade.....	44
3 A COMPLEXIDADE DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E OS DESAFIOS DO SISTEMA CONTEMPORÂNEO	51
3.1 O Sistema Normativo e a Saúde Pública.....	52
3.2 A Passagem do Estado Regulador para o Estado Fiscalizador	58
3.3 O Acesso à Saúde e a Atuação da Iniciativa Privada.....	61
3.4 A Descentralização da Saúde e a Lei 8.080/90.....	66
3.4.1 Os Atuais Desafios do Sistema de Saúde Brasileiro: debates sobre o déficit de mão de obra médica.....	70
3.5 O Exercício do Controle Social e os Conselhos de Saúde.....	84
4 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA BUSCA PELA EFETIVA DEMOCRACIA E DIREITOS SOCIAIS.....	90
4.1 Contexto para uma possível Democracia Sanitária	91
4.2 O Limite Orçamentário como Forma de Controle das Políticas Públicas	95
4.3 O Controle Social através da Internet.....	101
4.4 A democracia deliberativa	111
4.5 Judicialização da Saúde e Participação Popular	115
4.5.1 Os Limites do Reconhecimento do Direito à Saúde Perante o Supremo Tribunal Federal	123

4.6 Instância Democrática: Fóruns de Discussões e Audiências Públicas e suas aplicações na saúde	126
5 CONCLUSÃO	132
REFERÊNCIAS.....	141

1 INTRODUÇÃO

Sob um viés cada vez mais relevante e indispensável à plena efetivação e disponibilização dos direitos sociais, a participação popular tornou-se um dos princípios organizativos mais aclamados pela sociedade quando da formulação e desenvolvimento das políticas públicas, tanto em escala local quanto regional e nacional. Na medida em que o texto constitucional tratou de reconhecer a boa governança como um direito do cidadão e um dever dos gestores públicos, o poder advindo do povo ganha conotações de primeira ordem no processo de execução das ações e programas de políticas públicas.

A participação ativa dos cidadãos, estreitando o contato entre os administradores e os administrados como forma limitar o poder discricionário dos agentes políticos, interagindo e fomentando a participação dos diferentes atores políticos, deve ser considerada peça essencial para o pleno desenvolvimento político e social de qualquer nação considerada progressista. O simplório pensamento de exercício pleno da democracia através do voto, repassando de forma universal o poder de representatividade do administrado não se adéqua no modelo democrático contemporâneo, uma vez que a participação do cidadão no processo de tomada de decisões tende a ser frequente e ininterrupta, visando o fortalecimento da legitimidade representativa concedida aos gestores públicos.

Apesar dos inúmeros mecanismos, das vastas ferramentas tecnológicas e das infindáveis normas jurídicas vigentes, o que se verifica na prática é que em muitos quesitos o sistema jurídico não propicia ao cidadão comum meios de desenvolver o efetivo controle social sobre os atos desempenhados pelo Poder Público, principalmente no que tange a aplicação das verbas em programas vinculados às políticas sanitárias. Agravado pelo desapego cultural da sociedade em participar e fiscalizar as posturas dos gestores quando do trato da coisa pública, o descontrole dos gastos públicos acaba por interferir diretamente nos resultados das ações e programas específicos de saúde.

O estudo de alguns princípios, correlacionados diretamente com o controle das contas públicas, ganha relevância para o presente trabalho na medida em que sua aplicação deve servir como norte para a atuação dos agentes públicos no desempenho de suas funções, principalmente quando eles são submetidos a decisões discricionárias. Nesse contexto, a influência principiológica deve vir

acompanhada do estudo acerca do direito à boa governança, em especial com relação aos aspectos inerentes ao sistema de saúde, suas nuances e carências.

Já no século XIX, o processo de organização da administração pública que originou a burocracia moderna almejava a solução do conflito envolvendo o abuso e o desvio de finalidade dos atos e ações desempenhadas pelos representantes do povo nas mais diferentes esferas de governo. Dando origem à burocracia moderna, buscou-se resolver a problemática adotando estratégias de fiscalização, supervisão e controle através de auditorias, métodos considerados por muitos indispensáveis ao exercício de uma boa administração. Mesmo com o passar de mais de um século, a questão que se apresentava à época ainda é objeto de reiterados estudos e análises, tornando-se um dos mais complexos dilemas jurídicos e sociais.

Tendo como pano de fundo a dignidade da pessoa humana, que, com a promulgação da Constituição Federal, foi elevada a condição de fundamento da República Federativa do Brasil, o agir do Estado passou a primar pela disponibilização de serviços públicos de qualidade, visando atender aos diversos direitos assegurados pelo texto constitucional.

Apesar do art. 196 da Constituição Federal elencar o acesso universal e integral à saúde como direito de todos e dever do Estado, as ações e serviços de saúde não vêm propiciando aos cidadãos a efetiva fruição do direito assegurado pelo texto constitucional. A adoção de políticas de saúde emergenciais, como as verificadas recentemente pelo governo federal, demonstra o quão deficitário encontra-se o atual sistema de saúde. Os investimentos na área da saúde, embora em monta considerável, porém insuficiente para atendimento da demanda, não vêm dando o retorno esperado aos usuários do Sistema Único de Saúde. O aumento dos investimentos, por si só, não representa a melhoria dos serviços disponibilizados à população. Além de investir mais, é preciso investir melhor. Para tanto, necessário saber como investir e como controlar os gastos públicos, sob pena de tornar ineficiente qualquer medida adotada para atendimento da finalidade.

Logo, torna-se imprescindível a análise das formas (in)eficazes de controle dos atos e recursos aplicados na área da saúde, identificando o papel da sociedade, a influência das transformações sociais e das inovações tecnológicas no processo de tomada de decisões e da participação ativa dos contribuintes na escolha da destinação das verbas públicas que visem assegurar a concretização do direito à saúde previsto na Constituição Federal.

O enfrentamento da promoção e acessibilidade à saúde sob a ótica universal e transdisciplinar traz ao intérprete uma visão dinâmica acerca dos métodos de interação do sistema de saúde com os demais agentes sociais, econômicos e culturais, enfatizando a importância da teoria dos sistemas para o presente estudo. Tomando como base a necessidade de integração da saúde com os demais sistemas sociais, culturais, econômicos, dentre outros, as influências que, em um primeiro momento podem ser imperceptíveis, acabam por integrar e influenciar diretamente as ações de saúde.

Como forma de averiguar as adversidades inerentes ao sistema de saúde, principalmente com relação aos tratamentos e medicamentos disponibilizados pela rede pública, busca-se neste trabalho adentrar nos liames jurisdicionais, em especial com relação aos entendimentos sedimentados pela Suprema Corte Federal, uma vez que a efetivação do direito à saúde perpassa, inevitavelmente, pelo reconhecimento do direito mediante atuação jurisdicional. No Brasil, tendo como base a previsão de acesso universal à saúde e a precariedade da estrutura física e funcional disponibilizada pela rede pública, a concretização do direito à saúde acaba por sobrecarregar o poder judiciário, incumbindo-o de tutelar um sistema famigerado que atende formalmente as expectativas sociais, mas carece de efetividade na sua execução.

A previsão constitucional de atuação da iniciativa privada nas ações e serviços de saúde trouxe ao Poder Público o dever de regulamentar, fiscalizar e controlar a atuação empresarial, configurando o que Chevalier denominou de Estado Policêntrico. Tendo como objetivo extrapolar o plano metafísico, para enfrentamento das questões deficitárias, necessário que o estudo seja embasado em dados concretos que sintetizem a realidade vivenciada pela sociedade. Utilizando-se a metodologia empírica, avaliar-se-á o atual cenário social mediante análise dos dados apresentados recentemente pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo – CREMESP, denominado *“Demografia Médica no Brasil”*. O estudo realizado pelo Conselho paulista trouxe indicadores que podem e devem ser observados antes de qualquer conclusão acerca do emprego e falta de mão-de-obra médica no país.

Embora o estudo apresentado pelo CREMESP trate especificamente de índices envolvendo a atuação médica no território nacional, imprescindível que se faça uma observação acerca da importância da atuação dos demais profissionais de saúde no que concerne ao implemento das políticas da rede pública de saúde.

Apesar dos dados apresentados pelo Conselho revelarem questões de suma importância para os diagnósticos da atuação médica no país e para a adoção de medidas efetivas de formulação e organização de sistema de saúde, a visualização do contexto de maneira integral e universal, considerando a atuação de todos os setores e profissionais, é condição imperativa para o correto prognóstico das necessidades vitais. Reduzir os problemas do sistema de saúde à falta de médicos ou má distribuição dos mesmos no território nacional pode ser um equívoco equivalente à afirmação de que a jurisdicionalização da política decorre do simples fato do sistema jurídico ter democratizado e universalizado o acesso à saúde pública.

O avanço das tecnologias e o surgimento de novos espaços sociais, os denominados *ciberespaços*, trazem consigo o desafio da sociedade e do sistema jurídico fazerem jus aos benefícios advindos dessa transformação social. No entanto, a criação de um ambiente favorável para o desenvolvimento da participação popular é condição indispensável para o surgimento de uma massa crítica capaz de realizar o pleno controle social. A participação da sociedade civil nas decisões e formulações estratégicas das políticas públicas deve vir acompanhada de ações transparentes que possibilitem a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde. Nesse aspecto, a averiguação do modo como o sistema jurídico e normativo se adaptou às inovações é tema de vital importância.

Os modelos construídos para enfrentar tal dilema tendem a incluir, por exemplo, estratégias de descentralização, adoção de mecanismos de responsabilização dos gestores (*responsiveness* e *accountability*), gestão pública por resultados, incremento do controle social, além de dispositivos de participação social que visam chamar cidadãos e organizações cívicas para atuarem como atores políticos da gestão pública, como é o caso dos Conselhos de Saúde e das Conferências de Saúde.

Assim, necessário examinar através de uma pesquisa científica se os diversos instrumentos e institutos que regulamentam as ações e serviços de saúde, bem como o controle dos atos públicos no Direito brasileiro, vêm aproveitando os benefícios que as inovações tecnológicas trazem ao controle das contas públicas, na medida em que estreitam a distância entre os administradores e os administrados.

Alguns aspectos merecem destaque nesse cenário em que o cidadão deixa de ser mero súdito do Poder Executivo e passa a ser o destinatário da atuação dos

entes governamentais. O papel desempenhado por cada cidadão na busca pela concretização dos direitos sociais passa a ter fundamental importância. A efetiva participação popular no processo de tomada de decisões, além de aproximar o indivíduo da administração estatal, busca legitimar a atuação do Estado perante seus administrados.

No entanto, o sistema representativo, que caracteriza as democracias contemporâneas, vem sendo questionado. O modelo hegemônico de democracia mostra-se incapaz de resolver os problemas de qualidade de democracia, entre eles a patologia da participação (grande abstencionismo) e a patologia da representação (grau ínfimo de identificação entre o representante e o representado). Esse déficit democrático-participativo reflete de forma direta nas atuações vinculadas à área da saúde.

O fortalecimento da democracia na área da saúde, oportunizando aos cidadãos a participação efetiva no processo de escolhas das ações e investimentos, ratifica e consolida o efetivo e pretense processo democrático e o surgimento da denominada democracia sanitária.

O resguardo ao direito à saúde mantém correlação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o valor de solidariedade que deve haver em uma sociedade harmônica e democrática. A conjunção de princípios e normas previstos no texto constitucional busca conferir maior efetividade ao agir dos entes governamentais, reduzindo gastos e otimizando resultados.

Contudo, tanto as abordagens teóricas quanto as pesquisas empíricas também revelam que condicionantes conjunturais e históricos podem dificultar a efetivação da democracia participativa, como, por exemplo, a falta de vontade política dos governos, a ausência de uma tradição organizativo-associativa vigorosa na sociedade civil e a vigência de práticas clientelistas nas relações políticas, sem dúvida alguma, traços marcantes da cultura política brasileira.

Além do papel de regulador da atividade privada que envolve o direito à saúde, o Estado tem obrigação de resguardar atendimento digno e eficiente às pessoas que necessitem socorrer-se do Sistema Único de Saúde. Para tanto, não basta somente o aumento dos investimentos nas políticas sanitárias; é necessária a consagração da eficiência das ações planejadas, mediante fiscalização efetiva dos gastos públicos e da visualização do cumprimento das metas que se propuseram a atingir.

A análise da importância do crescimento dos níveis de controle das políticas públicas e de fiscalização social, bem como do seu impacto na efetivação do direito à boa governança, traz ao operador do direito o desafio de corresponder aos anseios da população através da adoção de novas técnicas de gestão pública que acompanhem o compasso ditado pelas transformações sociais.

Assim, a averiguação dos mecanismos de participação e a sua eficácia, ante a tendência de burocratização excessiva e desvirtualização da sua finalidade, com intuito de apenas cumprir formalmente as exigências legais, ganha relevância instigadora no estudo ora apresentado.

No primeiro capítulo, serão estudados aspectos gerais do direito ao cidadão à boa governança e as suas correlações com o direito à saúde, perpassando pela análise principiológica aplicada ao tema. Em um segundo momento, tratar-se-á do acesso à saúde sob a ótica universal e transdisciplinar, enfatizando a atuação estatal frente aos novos desafios do sistema de saúde, dentre eles o de fiscalizar e regulamentar a atuação da iniciativa privada, a descentralização da saúde e o déficit de atendimento prestacional referido nos indicadores relacionados no estudo realizado pelo CREMESP. No terceiro capítulo, enfatizar-se-á a importância da participação popular na consolidação dos direitos sociais, os benefícios que os avanços tecnológicos podem trazer no combate aos desvios de condutas e na efetivação dos direitos previstos constitucionalmente. Analisar-se-á, também, a atuação do poder judiciário no resguardo do direito à saúde, principalmente com relação ao fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, seus limites, bem como a atuação e importância dos fóruns de discussão e audiências públicas na aplicação das políticas de saúde.

2 O DIREITO DO CIDADÃO À BOA GOVERNANÇA E O RESGUARDO DO ACESSO À SAÚDE

Em decorrência dos avanços sociais e democráticos, o constituinte, ao elaborar o texto constitucional, preocupou-se sobremaneira em conferir aos administrados o direito de serem governados de maneira eficiente, proba e transparente, de modo que a realização de uma boa governança, além de se transformar em um direito do cidadão, passou a ser encarada como um dever de quem esteja incumbido de gerir as contas públicas.

Um sério e importante desafio imposto à governança diz respeito a sua construção, ou seja, se esta é construída a partir da participação crescente da sociedade civil global nas decisões e nas formulações estratégicas, e se estas organizações envolvidas têm legitimidade para fazer valer sua imposição de governante. Deve ser lembrado que legitimidade é um conceito subjetivo, segundo a teoria weberiana *“parte da atitude do sujeito que legitima com respeito ao poder de legitimar, isto é, de uma ‘crença’, seja na validade do que é racional (segundo um valor ou propósito), na força da tradição ou na virtude do carisma”*². Ou seja, a legitimidade é alimentada de “baixo para cima”, surgindo a partir da aceitação de que o poder conferido é exercido e apropriado, sendo, então, legítima a ação decorrente.

Para entender como a relação entre o resguardo ao acesso à saúde mantém conexão direta com a forma com que as verbas públicas são geridas pelo Estado brasileiro, importante o estudo do conceito e dos aspectos históricos da boa governança. Tido por muitos como um princípio indissociável aos atos de gestão pública, a boa governança visa assegurar a adoção de medidas que vão ao encontro aos preceitos que regem a boa administração e que estão previstos na Constituição Federal, fruto de movimentos sociais pós-ditadura militar.

Tendo como pano de fundo a dignidade da pessoa humana, na sua forma interpretativa mais extensa possível, a previsão de acesso à saúde, prevista nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, ganha agudos contornos democráticos quando possibilita aos cidadãos o controle de fiscalização e participação nas decisões que envolvem o desenvolvimento dos programas sanitários. De fato, um governo que priorize a adoção de medidas de gestão baseadas nos princípios

² BOBBIO, Norberto. A teoria do Estado e do poder em Max Weber. In: _____. *Ensaios escolhidos*. São Paulo: C.H. Cardim, 1988. p. 172.

constitucionais que norteiam a boa governança tende a disponibilizar aos governados uma gama maior e mais efetiva de direitos fundamentais, aqui inclusos o direito de acesso a políticas públicas de saúde que atentem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1 A Boa Governança e a Dignidade da Pessoa Humana: aspectos conceituais e históricos

A boa governança promove a igualdade, a participação, o pluralismo, a transparência, a responsabilidade e o Estado de Direito de forma efetiva, eficiente e duradoura. Além disso, quando incorporada a um cenário livre e democrático, traz avanços ao desenvolvimento, ao juntar esforços para lidar com tarefas como o fornecimento de tratamentos de saúde à população, a erradicação da pobreza, a proteção ao meio ambiente, a garantia da igualdade de sexos, proporcionando meios sustentáveis de subsistência. Ela assegura que a sociedade civil desempenhe um papel ativo no estabelecimento das prioridades e torne conhecidas as necessidades das pessoas mais vulneráveis.

Com esse espírito, a Constituição Federal de 1988 fulminou definitivamente com a perspectiva patrimonialista imposta pelo Código Civil de 1916, ainda sob a inspiração dos ideais iluministas, consubstanciados no Código Napoleônico de 1804 e no Código Alemão de 1900³. Dando novos ares à interpretação das leis e aplicação dos princípios, o Direito Público passou a exercer papel primordial na consecução dos direitos fundamentais, em especial com relação ao desenvolvimento das políticas públicas de saúde. Na medida em que o ser humano e o seu bem-estar social passam a ser o centro de referência do ordenamento jurídico, tendo a Constituição como pano de fundo e norte interpretativo, em uma verdadeira “descodificação” do Direito privado, um novo marco na era do Direito se inaugura, dando um novo horizonte de sentido ao já famigerado modelo sistêmico.

Há uma razão intrinsecamente jurídica que inspira o delineamento do espaço epistemológico dessa nova forma de enfrentamento do sistema jurídico. Essa razão relaciona-se à profunda transformação que se operou no universo jurídico do século XX, desde que as constituições ultrapassaram os limites da estruturação do poder e

³ OLIVEIRA, Adriane Stoll de. A codificação do direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3549>>. Acesso em: 21 set. 2013.

das liberdades públicas e passaram a tratar dos direitos fundamentais em sentido amplo, dispondo especificamente sobre direitos sociais⁴.

Até a promulgação da Constituição de 1988, os direitos fundamentais no Brasil, assim como na Alemanha do pós-guerra, tinham um único intuito: defender o indivíduo de uma eventual ingerência excessiva do Estado. Inaugurando uma nova fase de atuação, o Estado deixa de se abster e aplicar somente uma postura liberal e passa a exercer papel imperativo no resguardo dos direitos básicos dos cidadãos, adotando uma postura intervencionista, inclusive nos conflitos privados, donde reste ameaçada ou afrontada a dignidade humana ou os direitos fundamentais assegurados pela nova ordem constitucional. Assim, altera seu enfoque antes abstencionista e passa a adotar uma postura prestacional, própria das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais.

Analisando os objetivos traçados pelos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, agregados aos vastos direitos e garantias fundamentais previstos pelo texto constitucional, constata-se que estes dão uma noção exata dos desígnios do constituinte, qual seja, aniquilar de vez as transgressões atentatórias à dignidade da pessoa humana sofridas no período militar. Por sua vez, incumbiu aos órgãos governamentais o dever de realizar a defesa concreta da constitucionalidade através de políticas efetivas de boa governança.

Nessa concepção, Kelsen⁵ já sustentava ser o Estado *meio* para a consecução dos *fins* da sociedade, hoje, normalmente positivados na Constituição. Tais fins constituem peças fundamentais na ação governamental, recaindo sobre os agentes públicos, que receberam a outorga de poder, o dever de dar efetividade ao mandamento constitucional⁶. Ratificando tal premissa e reafirmando o ideal de Estado, Aurora Amigo assim dispôs:

Los fines esenciales e integrales de un Estado determinado forman su acervo doctrinario y programático, que se encuentran en los principios políticos y en su organización. Ambos originan las Cartas Magnas de los Estados Modernos. Así, la política de los gobernantes y de los gobernados deberá tender a laborar una estructura social consecuente con los principios elaborados. En la acción política la exaltación de las plataformas pragmáticas suele encubrir el vacío de la improvisación, antesala de la anarquía. Sin principios que aplicar, y

⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*. Granada: Comares, 2002.

⁶ AMIGO, Aurora Arnaiz. Fines de Estado. *Justitia*, São Paulo, v. 36, n. 87, p. 173, 1974.

sin acción dirigida a la consecución de fines, no hay sociedad política. Podrá existir una comunidad detenida en el tiempo y atendida a un matriarcado social, sinónimo de elementos primigenios no desarrollados.

Morais referendou que a “(re)constitucionalização” brasileira, passando pela elaboração e promulgação da Carta Cidadã de 1988, teve como objetivo o rompimento de paradigmas e a inauguração de uma nova fase. Um período que, com a instauração simbólica do Estado Democrático de Direito (art. 1º), impulsiona a construção de uma nova cidadania alicerçada sob a tríade liberdade-igualdade-solidariedade, com a pretensão de recompor o tempo perdido, organizar o presente e projetar o futuro de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º), tendo como ator protagonista este “novo homem (cidadão solidário)”, assumido como origem e destino da ação estatal “dirigida” por este “neoconstitucionalismo⁷”, marca da segunda metade do século XX na tradição ocidental⁸.

A mesma valorização do ser humano foi dispensada quando da transposição das normas diretivas do sistema de Direito Civil do texto do Código Civil para o da Constituição, alterando a tutela antes oferecida pelo Código ao “indivíduo”, para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana, elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil⁹.

Esta nova ordem guarda a dignidade da pessoa humana no gene da atuação estatal. O grande desafio passa a ser como o Estado vai acompanhar as transformações sociais e proporcionar aos seus cidadãos uma vida com qualidade, com fornecimento amplo de serviços vinculados à área da saúde, atendendo às expectativas do texto constitucional. O desenvolvimento das políticas públicas de

⁷ Ocorre ao longo do século XX, mais do que um processo – deliberado ou não – de flexibilização/fragilização da Constituição, uma significativa mutação no universo do constitucionalismo, no sentido de um aumento permanente e profundo do papel da jurisdição constitucional, o que vem sendo experimentado pela história constitucional brasileira recente com a centralidade assumida pela jurisdição constitucional, em particular pelo Supremo Tribunal Federal, no seu papel, entre outros, de controle de constitucionalidade, seja originário – por meio das diversas ações com esse fim disponíveis -, seja recursal - no controle difuso. MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 113.

⁸ Id. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 22.

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 74.

saúde tem ingerência direta na efetividade das regras constantes nesse aparelho normativo.

Nesse contexto, a participação democrática do cidadão no processo de tomada de decisões e no controle fiscalizatório do desenvolvimento das políticas públicas ganha cada vez mais importância para a consolidação do direito à saúde. Seja em virtude dos avanços tecnológicos, seja através de imposição legal que obriga os entes federados a adotarem posturas transparentes¹⁰, possibilitando um maior controle sobre os gastos públicos, a adoção de medidas que ampliem o poder democrático do cidadão proporciona uma cultura participativa e inclusiva, fortalecendo o desenvolvimento das atividades do Estado.

Para Beck e Gernshein¹¹, o agir estatal ganha proporções cada vez maiores na medida em que a sua atuação é intensificada com a denominada sociedade de risco:

Vivimos el cambio de una forma de sociedad que tanto en política como en economía y en la vida diaria se define tomando como marco de referencia el Estado nacional a una forma de sociedad en la que los Estados nacionales se transforman desde dentro y en la que los contornos de la sociedad del riesgo global se perfilan y perciben cada vez con mayor claridad.

A saúde deve ser encarada dentro de um *enfoque de risco*, levando em consideração os conhecimentos atualmente existentes a fim de que o dano (enfermidade e/ou a não qualidade de vida) seja eliminado ou pelo menor reduzido¹². No entanto, as descobertas quase que diárias de novas doenças, tratamentos e técnicas cirúrgicas fazem da saúde um campo fértil para a propensão de incertezas e difusão dos riscos. Para Luhmann¹³, o risco sanitário reside no *“riesgo de dejar de hacer algo que posiblemente podría ayudar. Sería incomprendible, incluso indefendible, no intentar todo lo posible aunque sólo pueda tratarse de otra distribución de riesgo”*.

¹⁰ Cita-se aqui como exemplo a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar 101/2000), que exigiu dos entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) um planejamento de gestão fiscal com edição de normas, realizações de audiências públicas e publicação de relatórios discriminativos de receitas e despesas e a Lei 12.527/2011, intitulada como a Lei da Transparência, que regulamentou o direito ao acesso a informação perante os órgãos públicos, previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

¹¹ BECK, Ulrich; GERNDSHEIN, Elisabeth Beck. *Amor a distancia: nuevas formas de vida en la era global*. 1. ed. Buenos Aires: Paidós, 2012. p. 95.

¹² SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 92.

¹³ LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1997. p. 137.

De fato, jamais se poderá conhecer a integralidade do sistema de saúde, uma vez que tal sistema está sempre aberto ao mundo, ao próprio homem e a mercê de suas decisões. Daí que o risco será uma constância no plano sanitário, e certeza não haverá sobre qualquer ato decisório relativo ao seu futuro¹⁴. No entanto, cabe ao sistema público administrar seu patrimônio e suas verbas como forma de minimizar os riscos e maximar os resultados dentro de um orçamento restrito e finito.

Analisando o contexto jurisdicional do nosso país, pode-se aferir que grande parte das demandas judiciais tem como escopo matéria correlacionada com o déficit de efetividade enfrentado pelas políticas públicas, principalmente no que tange à área da saúde. A enorme carga tributária que açoita o povo brasileiro, aliado ao descompromisso e à sensação de impunidade festejada por grande parte dos detentores de poder gerencial do nosso país, acaba por frustrar as expectativas criadas pelo constituinte ao elencar exaustivamente o rol de direitos e garantias dos cidadãos¹⁵. Mesmo em um país periférico ou de modernidade tardia, as novas perspectivas trazidas pela tecnologia, que aproximaram o administrado do gestor público, devem trazer consigo o dever de participação efetiva do cidadão, seja através de participação direta no processo político de tomada de decisão ou por intermédio de medidas que fiscalizem a aplicação dos recursos de origem comum. Com a inclusão do cidadão no seio da participação efetiva, é que a concretização do projeto finalístico de Estado passará do plano altruísta para o plano da efetividade, marcado pelo pressuposto fundante da dignidade da pessoa humana.

¹⁴ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 38.

¹⁵ Esses fatores fazem emergir um conjunto cada vez maior de pretensões irrealizadas, as quais acabam por desaguar nos Tribunais, como estuários da irresignação da cidadania, diante da inconsistência das políticas de bem-estar, das *promessas incumpridas da modernidade*, bem como daquelas contidas nos textos constitucionais conformadores de um projeto de sociedade marcadamente incluyente e voltada ao asseguramento e promoção da dignidade da pessoa humana como fundamento da própria ordem constitucional. (MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 105).

2.1.1 Fundamentos para a Boa Governança: A dignidade da pessoa humana e os direitos sociais

Ganhando abrigo no primeiro artigo da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana foi alçada a princípio básico da República Federativa do Brasil. Entretanto, para a concretização deste princípio, ao Estado resta disponibilizar meios necessários para que o cidadão possa fruir de uma vida realmente condigna e conjugada com os dizeres constitucionais. Nesse aspecto, o acesso à saúde é um dos requisitos essenciais para a sua concretização. Todavia, antes de centralizar o foco nas políticas públicas sanitárias, pertinente que se faça uma análise deste princípio que serve de sustentáculo a toda e qualquer atuação estatal.

Foi como uma espécie de “alfa e ômega” do sistema dos direitos fundamentais¹⁶. Isso significa, em outras palavras, que a pessoa passa a ser o fundamento e o fim da sociedade e do Estado. O resguardo e o cumprimento dos direitos fundamentais perpassam, impreterivelmente, pela ideia central de que a dignidade do ser humano, a partir dos ideais de Estado Democrático de Direito, passa a servir de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais pertencentes ao ordenamento jurídico.

Esta estreita relação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana levou Alexandre Pasqualini a definir o papel central que ambos ocupam¹⁷:

Atuam, no centro do discurso jurídico constitucional, com um DNA, como um código genético, em cuja unifixidade mínima, convivem, de forma indissociável, os momentos sistemáticos e heurístico de qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática.

É nesse contexto que a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal

¹⁶ DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: RESENDE DE BARROS, Sérgio; ZILVETI, Fernando Aurélio (Org.). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Manoel Gomes Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 151-62.

¹⁷ PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico – uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 80-1.

sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará vinculada com a ofensa à dignidade da pessoa¹⁸.

Seguindo o denominado “imperativo categórico”, criado por Kant quando da publicação de sua obra *Crítica da Razão Prática*, a moral tem assentada sua base em um estereótipo de comportamento que deve se fazer valer de forma universal e incondicional, isto é, categoricamente, para toda e qualquer ação moral.

Lançando mão da teoria pregada por Kant, M. Chauí elencou de forma objetiva a tese filosófica, indicando que o imperativo categórico está contido na seguinte sentença: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral”. Nessa linha, suscitou as três máximas morais desdobradas por Kant: i) “Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza”, que corresponde à universalidade da conduta ética, válida em todo tempo e lugar; ii) “Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio”, que representa o cerne do imperativo, pois assevera a dignidade dos seres humanos como pessoas; iii) “Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais”, que exprime a separação entre o reino natural das causas e o reino humano dos fins, atribuindo à vontade humana uma vontade legisladora geral¹⁹.

Assim, compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano seja visto, ou usado, jamais como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre como um fim em si. Isto significa que todas as normas decorrentes da lei legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana como tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, universal e incondicional da dignidade humana²⁰.

Conforme expôs Bodin de Moraes, o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2, p. 113.

¹⁹ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 9. ed. São Paulo: Ática, 1997. p. 345-6.

²⁰ FREITAG, Bárbara. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. *Tempo Social*. Revista de Sociologia, São Paulo, v. 1. n. 2, p. 7-44. 2. sem. 1989.

comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo como já havia ocorrido em outras partes do mundo²¹.

Alguns doutrinadores, dentre eles Marie-Luce Pavia, sustentam, embasados na disposição do art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que a sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa não possui Constituição²². Tida por muitos como a razão de ser do próprio poder estatal, a dignidade da pessoa humana passa a ser um critério indicativo da legitimidade substancial de uma determinada ordem jurídico-constitucional.

Nesse sentido, Ingo Sarlet, faz menção que a dignidade, embora em um sentido distinto, cumpre uma função pública (normativa, embora não jurídica) fundamental, atuando como referência para o processo decisório político e jurídico, visto que torna incontroversa (no sentido de uma “metáfora absoluta”) a decisão em si mesma do reconhecimento da dignidade da pessoa humana no âmbito de um consenso sociocultural²³ e na condição de conceito referencial, ainda que, no particular, sobre o que cada um entende por dignidade da pessoa e sobre o modo de sua promoção e proteção, existam muitas divergências²⁴.

Muito embora a inequívoca relevância do princípio da dignidade, no que tange ao resguardo dos direitos e à atuação do Estado, principalmente na área da saúde, convém alertar que não é, à evidência, nesse sentido que este princípio fundamental deve ser manejado na condição de elemento de uma concepção material de direitos fundamentais. Se fosse assim, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guinada à condição de materialmente fundamental²⁵.

No entanto, a fim de evitar a banalização do princípio da dignidade da pessoa, não cabe aos operadores do direito avocar tal princípio como forma de amparar todas as situações fáticas que envolvam o direito de acesso à saúde. Tal

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 82.

²² PAVIA, Marie-Luce. Le principe de dignité de la personne humaine: un nouveau principe constitutionnel. In: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Org.). *Droits et libertés fondamentaux*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1997. p. 105.

²³ Cita como exemplo a afirmação de que a violação da dignidade é sempre injusta.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2, p. 105.

²⁵ SARLET, *op. cit.*, p. 111.

conduta culminaria no esvaziamento da força normativa do princípio, perdendo sua aplicabilidade nos casos que realmente deveriam ser invocados.

Identifica-se como uma das principais dificuldades, todavia — e aqui se recolhe a lição de Michael Sachs —, o fato de que, no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana, sejam eles a integridade física, a intimidade, a vida ou a propriedade. Objetiva, sim, uma qualidade de vida tida por muitos — possivelmente pela esmagadora maioria — como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade passou a ser habitualmente atrelada ao valor próprio que identifica o ser humano como tal²⁶. Nessa seara, a atuação do Estado representa papel de suma importância para o estudo proposto, uma vez que a efetividade do direito a saúde implica, mesmo que indiretamente, o resguardo desse princípio elementar do estado constitucional brasileiro.

Maria Bodin de Moraes ressalta que o “mundo da segurança”, compreendido entre a época das luzes e a época atual deu lugar a um mundo de inseguranças e incertezas. Ressalta a autora que, nesse contexto, no qual perdurará o mundo de incertezas e inseguranças, a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana²⁷.

As incertezas advindas do sistema jurídico contemporâneo trazem consigo a necessidade de criação de um modelo sistêmico capaz de garantir aos cidadãos um agir estatal eficaz, que garanta condições de vida digna e supra as expectativas geradas pelos movimentos sociais que culminaram na consolidação da denominada Constituição Cidadã de 1988.

A ruptura do paradigma de que a participação democrática consubstancia-se somente no exercício do direito ao voto e na criação de uma mentalidade universal de participação efetiva da população no desenvolvimento das políticas públicas, em especial na concretização do direito à saúde, vai ao encontro da essência do Estado Democrático de Direito na medida em que confere/imputa ao administrado o direito/dever de fiscalizar a aplicação das verbas oriundas dos tributos arrecadados de forma universal.

²⁶ SACHS, Michael, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*. Berlin-Heidelberg. New York: Springer-Verlag, 2000. p. 173.

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 71-2.

2.1.2 O Agir Eficiente do Poder Público: dever do administrador e direito do cidadão

Outro princípio que vem atrelado de forma vital ao direito à boa governança²⁸ é o princípio da eficiência²⁹. Não há como imaginar um Estado Social Democrático em sua plenitude, no qual seus cidadãos possam invariavelmente usufruir de uma vida condigna com livre acesso à saúde, em respeito aos princípios básicos previstos na Constituição Federal, sem que se atrele a atuação governamental na eficiência de seu desempenho.

Apesar do avanço social e democrático no Brasil no final do século XX, baseado no poder prevalente das organizações, corporações e outras entidades congregadoras do capital privado global³⁰, a luta constante pela efetivação dos direitos sociais, em especial ao direito à saúde, faz com que as formas jurídicas e, em especial, as políticas governamentais mantenham seus pilares assentados sob a Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio, Egon N. Moreira³¹ destacou a importância do princípio da eficiência na constituição do Estado Democrático de Direito previsto no texto constitucional como forma de garantir o mínimo existencial e o respeito à dignidade do cidadão:

O princípio da eficiência dirige-se à maximização do respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º). Esta é a finalidade básica da Administração Pública, num Estado Democrático de Direito. Não basta a inconsistente busca dos fins legais. Estes sempre devem ostentar qualidades humanas e sociais positivas.

²⁸ Direito este estendido a todo e qualquer cidadão, neste artigo elevado ao patamar de direito de primeira ordem.

²⁹ Em que pese alguns autores entendam haver diferença entre eficiência e eficácia, analisando os conceitos em um sentido jurídico-administrativo, aqui não será realizada uma análise axiológica-teleológica. No entanto, para o tema, sugere-se a leitura da obra de GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 23 e ss.

³⁰ A redução de soberania se manifesta nos Estados periféricos de forma a destruir a capacidade de intervenção, notadamente na incrementação da indústria nacional. (Ibid., p. 13.) Segundo José Eduardo Faria, alguns Estados nacionais estão: “a) perdendo uma parte de sua capacidade de coordenação macroeconômica; b) enfrentando a relativização da eficácia de seus tradicionais instrumentos de política industrial baseados na imposição de restrições aos fluxos de capitais e mercadorias; c) vendo parte de seu poder decisório ser transferido para as áreas de influência do capital privado [...]” (FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 114).

³¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo e princípio da eficiência. SUNDFELD, Carlos Ari e MUÑOZ, Guilherme Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 330.

No Brasil, a eficiência, mais do que um princípio de Direito Administrativo, é um princípio constitucional, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Na visão de Gabardo³², o *status* constitucional imputado ao princípio da eficiência estende-se a toda organização estatal, seja nas funções desempenhadas pelo Executivo, pelo Legislativo ou pelo Judiciário³³.

A inserção do princípio da eficiência no texto da Constituição imputa ao administrador público uma obrigação existente antes mesmo da sua consolidação expressa, qual seja, o gerenciamento das verbas estatais pautado pela supremacia do interesse público, devendo bem versar os recursos pagos pela sociedade contribuinte, de maneira a obter o melhor resultado possível. Segundo Paulo Modesto³⁴:

É o Estado Social que não pode descuidar de agir com eficiência, justificando os recursos que extrai da sociedade com resultados socialmente relevantes. Essas exigências hoje não são mais percebidas em termos meramente políticos ou econômicos. Foram positivadas, foram entronizadas no sistema jurídico, juridicizaram-se como exigências do ordenamento nacional.

Alguns autores, dentre eles Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵, entendem que, embora o princípio da eficiência tenha sido elevado ao *status* de norma constitucional, não foi concedido ao administrador público, em busca de uma suposta eficiência do ato administrativo, desrespeitar ou olvidar o princípio da legalidade, sob pena do ato ser considerado ilícito, podendo, inclusive, ser anulado:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência

³² GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 18-9.

³³ Haja vista que o presente trabalho tem como objetivo analisar as funções desempenhadas propriamente pelo Executivo, restringir-se-á a avaliação da eficiência nos âmbito das ações governamentais.

³⁴ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista Interesse Público*, São Paulo, n. 07, p. 65, jul./set. 2000.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 194.

justificaria postergação daquele que é dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da 'boa governança'.

Juarez Freitas³⁶ entende que o princípio de eficiência impõe que a Administração Pública cumpra bem com suas tarefas, empregando, em tempo razoável, os meios apropriados e pertinentes.

O agir eficiente da Administração Pública requer, impreterivelmente, a observância de requisitos essenciais, dentre eles o da procedimentalidade. De acordo com Mendieta³⁷, para o Estado cumprir com seu papel através da função administrativa, o procedimento deve respeitar três preceitos fundamentais:

- a) outorgar garantias precisas aos cidadãos e associações (possibilidade de defesa de direitos e interesses através de um diálogo aberto e racional, respeito à lei, viabilidade técnica das decisões, não contraposição de direitos e interesses legítimos e observação material dos direitos humanos);
- b) assegurar a pronta e eficaz satisfação do interesse geral (formulação de programas e políticas públicas, além da definição de quais órgãos devem intervir e o momento para tanto, notadamente evitando-se as "duplicidades" e interferências desnecessárias);
- c) ser um mecanismo de composição de interesses (através de seu potencial democratizador).

O princípio da eficiência, pragmaticamente, encontra-se ligado a aspectos econômicos. Ocorre que nem sempre os atos administrativos baseados unicamente na questão financeira trazem benefícios para a Administração Pública. Logo, adjacente à questão econômica, devem ser sopesados os demais aspectos, a fim de verificar se outra conduta praticada pelo agente não poderia trazer maior benefício ao erário. Claro que, para tanto, necessária a conjunção de outros princípios inerentes ao agir público, mormente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Essa linha de pensamento é seguida por Emerson Gabardo³⁸ quando sustenta que "*é um duplo equívoco asseverar que a eficiência é um conceito*

³⁶ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 125.

³⁷ VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La modernización de la administración como instrumento al servicio de la democracia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1996. p. 326-7.

³⁸ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 91.

exclusivamente econômico”. Aprofundando o tema, o autor aduz a impossibilidade da Administração levar em conta única e exclusivamente aspectos econômicos, primeiro porque sua etimologia é independente de qualquer conotação intrinsecamente econômica (no sentido moderno do termo, ou seja, com denotação plutocrática), referindo-se exclusivamente a uma atividade racional, destinada a encontrar os melhores meios para a obtenção otimizada dos fins almejados. Segundo, porquê, ainda que fosse um conceito intrínseco, exclusivo, e inafastavelmente econômico, perderia tal significação ao ser absorvido e condicionado pela ordem jurídica.

Desse modo, conquanto os atos administrativos e as políticas públicas desenvolvidas pelos administradores públicos deverão atender ao princípio da eficiência, aplicado de forma imbricada com a garantia dos direitos fundamentais, imprescindível que sejam avaliadas as questões envolvendo a forma de controle da discricionariedade, aqui em especial voltadas às políticas públicas de saúde. Para tanto, analisar-se-á os efeitos da discricionariedade frente à transparência administrativa e da participação popular.

2.2 A Discricionariedade Administrativa no Brasil e o Direito à Saúde

O fenômeno da discricionariedade administrativa, por ser considerado demasiadamente complexo e até confuso, por muitas vezes é evitado por juristas e doutrinadores, sejam eles juízes, advogados, procuradores ou promotores. A atitude simplista de adesão à jurisprudência tradicional é uma válvula de escape pragmaticamente utilizada, refugiando-se do enfrentamento do cerne da questão³⁹. Apesar do grande volume de obras e artigos sobre o assunto, vale ressaltar que ainda não existe uma teoria firme sobre a discricionariedade administrativa e seu controle, quer no plano doutrinário brasileiro, quer no plano jurisprudencial⁴⁰.

Desde o advento da Revolução Francesa, com a luta pela proteção dos direitos individuais, tendo como pano de fundo os ideais burgueses que objetivavam

³⁹ KRELL, Andreas Joachim. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* -(Neo)constitucionalismo ontem, os códigos; hoje, as Constituições, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 33, jan./dez. 2004.

⁴⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 46-55 e 76.

assegurar os direitos de liberdade e de propriedade⁴¹, perpassando pelos ideais de Locke e Montesquieu, a partir da pragmática separação dos poderes, os órgãos estatais tiveram suas atuações limitadas, sendo divididas suas atribuições em um verdadeiro sistema de freios e contrapesos.

No segundo pós-guerra, ultrapassada a fase aguda do positivismo, na qual o apego ao princípio da legalidade chegou ao seu extremo de considerar a discricionariedade um “corpo estranho” dentro do Estado de Direito, o reconhecimento de tal poder passou a ser aceito como verdadeira necessidade para habilitar a Administração Pública a agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e do atendimento das múltiplas demandas e reivindicações das sociedades industrializadas⁴². Ficou evidente que, perante a dinâmica do mundo moderno, em que sempre surgem situações novas e imprevistas, que exigem uma atuação célere e eficaz da Administração, o legislador está impossibilitado de regulamentar todos os possíveis casos de modo antecipado e em detalhes⁴³.

Andreas Krell faz importante menção quanto à necessidade de conceder uma margem de atuação discricionária ao administrador, uma vez que, segundo o autor, a “sociedade de risco” aumentou de forma vertiginosa os problemas dos governos nacionais e subnacionais (regionais, locais), que vieram a enfrentar novos desafios ligados ao progresso das ciências naturais (energia nuclear, biotecnologia) e da degradação e exaustão dos recursos naturais (água, ar, solo, flora, fauna, paisagens)⁴⁴.

Enfatizando a questão envolvendo a mundialização e os problemas comuns às nações, Ulrich e Gernsheim⁴⁵ traçaram um paradoxo entre a distância e a proximidade de interesses:

⁴¹ “Nesse contexto surgiram modelos de Estados, trazendo consigo distintas concepções da discricionariedade. A idéia de Estado, concebida pela Revolução Francesa, mais que implantar a Teoria da Separação dos Poderes, marcou o advento do Estado Liberal ou Mínimo, definindo o fim do Estado Mercantilista. Trata-se do Estado Liberal de Direito, que garantia precipuamente a livre iniciativa, em proveito do empreendedor, da propriedade privada e da autonomia da vontade.” SADDY, André. *Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 18.

⁴² COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Justitia*, São Paulo, n. 145, p. 38, jan./mar. 1989.

⁴³ KRELL, Andreas Joachim. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - (Neo)constitucionalismo ontem, os códigos; hoje, as Constituições*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 36, jan./dez. 2004.

⁴⁴ *Ibid.*, p.36.

⁴⁵ BECK, Ulrich; GERNSHEIN, Elisabeth Beck. *Amor a distancia: nuevas formas de vida en la era global*. 1. ed. Buenos Aires: Paidós, 2012. p. 96.

La cosmopolitización como comunidad de destino significa que el <<otro global>> se ha convertido en parte de nuestra vida. Los habitantes de la selva brasileña, los campesinos de Anatolia Oriental y los agentes fiscales de Londres o Manhattan rara vez establecerán contacto, pero dependen los otros, están ligados.

Nessa mesma linha de raciocínio, Miguel Sánchez Morón⁴⁶ teceu as necessárias considerações:

La ley no puede regularlo todo con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidiano [...]. De ahí que [...] las autoridades que han de enfrentar a esos problemas hayan de actuar sin que su conducta esté predeterminada, al menos totalmente, por una norma jurídica.

Conforme sustenta A. Saddy⁴⁷, todas as atuais transformações, a mudança estrutural e o modo de atuar do Estado aumentaram o emprego da discricionariedade administrativa. Pode-se dizer que se vivencia um período de ampliação da discricionariedade jamais visto, nem mesmo após as revoluções inglesa, americana e, principalmente, francesa⁴⁸.

A discricionariedade distingue-se da arbitrariedade, eis que aquela é caracterizada como a liberdade concedida pela norma jurídica, enquanto que esta ultrapassa e excede o poder outorgado pela norma⁴⁹.

Para Filgueiras Júnior⁵⁰, a discricionariedade configura-se como um espaço decisório, estabelecido pela ordem jurídica, dentro do qual a Administração Pública tem a obrigação de escolher a solução ou opção que melhor atenderá ao interesse

⁴⁶ MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 13.

⁴⁷ SADDY, André. *Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 25.

⁴⁸ A Revolução Inglesa afirmou a instituição parlamentar como sede autônoma do exercício da função legislativa; a Revolução Americana criou um sistema judiciário com garantias de autonomia para o exercício da função administrativa. (*Ibid.*, p. 25).

⁴⁹ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a arbitrariedade coloca-se do outro lado da linha que demarca o limite da discricionariedade. Aquela é a liberdade de ação que ultrapassa os limites da lei; esta é a liberdade de ação exercida nos limites da lei.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67); Mário Masagão ensina que “a discricção é a faculdade de operar, ou deixar de operar, dentro de um campo delimitado pelo direito. [...] difere a discricção do arbítrio, pois este não conhece limites nem peias, ao passo que aquela só se excede sem ofensa a direitos de quem quer que seja.” (MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 150); Hely Lopes Meirelles, por sua vez, entende que “discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é a ação contrária ou excedente da lei.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 111).

⁵⁰ FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 163.

público que as especificidades do caso concreto exigem. Trata-se de uma liberdade de escolha que, usada adequada e razoavelmente, não se submete ao veto do poder judiciário.

Deve-se ter em mente que somente se estará diante de uma situação discricionária quando houver estatuições válidas, e o agente tiver a opção política de escolha, orientada por critérios de política administrativa ou governamental e avaliada como apropriada pelo agente público em determinado caso concreto.

Saddy⁵¹ entende que, caso haja alguma estatuição válida, que seja a “melhor” ou uma “ótima” opção, o administrador estará diante de uma hipótese de vinculação e não de discricionariedade. Segundo o autor, somente haverá discricionariedade quando houver estatuições válidas apenas em abstratos, que não venham a ser confirmadas pela realidade fática, levando em conta a peculiaridade de cada caso.

A legitimidade democrática na formulação, aplicação e controle das políticas públicas de saúde aumenta na medida em que o controle social é exercido por meio da participação do cidadão na discussão, implementação e avaliação das ações governamentais. Agindo assim, o poder discricionário dos administradores públicos diminui na medida em que a população passa a participar ativamente do processo de tomada de decisões, auxiliando na identificação das precariedades e deficiência das atividades estatais, otimizando, por conseguinte, os gastos públicos no atendimento das demandas sociais.

No que diz respeito à área da saúde, a obrigatoriedade da constituição de fundos estaduais e municipais e de sua gestão por meio de conselhos que garantam a paridade entre governo e sociedade significa que a gestão da saúde é compartilhada e que a sociedade, por meio dos representantes nos conselhos, pode identificar a prioridade de investimento nessa função de governo.

Além dos conselhos, no caso dos municípios, é possível controlar os gastos na saúde por meio da participação no processo de elaboração das leis municipais de planejamento público. Cabe ao Legislativo Municipal verificar se houve participação popular nesse processo como condição legal para a sua aprovação.

A elaboração dos programas e ações governamentais, a eleição das metas e prioridades da Administração Pública e, por fim, o montante que será investido, além de ser elaborado pelo Executivo e aprovado pelo Legislativo, deve ser submetido ao

⁵¹ SADDY, André. *Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 37-8.

controle social. Esse sistema permite verificar se as opções feitas pelos agentes políticos estão em consonância com as políticas de Estado estabelecidas na Constituição da República e na legislação infraconstitucional, ou seja, se elas contemplam, prioritariamente, a concretização dos direitos sociais.

Fazendo uma análise acerca do alcance da discricionariedade e da interpretação, pode-se afirmar que a discricionariedade da Administração Pública guarda um espaço que a interpretação não pode alcançar. Isso ocorre porque o conteúdo do qual a discricionariedade se vale é mais específico ou mais detalhado do que aquele construído pela interpretação. Se há essa maior especificidade ou detalhamento, verifica-se que a discricionariedade percorre o mesmo caminho trilhado pela interpretação e vai além, avança mais no processo de detalhamento ou de especificação da norma aplicada do que a atividade interpretativa⁵². Entretanto, este espaço pode ser minorado na medida em que se possibilite aos cidadãos a participação nos planos de políticas públicas, em especial na área da saúde.

Analisados os pressupostos conceituais básicos da discricionariedade administrativa, imprescindível que se faça um estudo acerca de um princípio ligado umbilicalmente ao poder discricionário exercido pelos administradores públicos, qual seja: o Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade.

2.2.1 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade

O tema envolvendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade expõe controvertido embate sobre os aspectos e características específicas de cada um. Fazendo uma comparação entre os entendimentos sustentados por diversos doutrinadores, Irene Nohara⁵³ trouxe alguns posicionamentos cuja análise se faz necessária.

Referendou posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual sustenta que o princípio da proporcionalidade constitui um dos aspectos do princípio da razoabilidade, que, por sua vez, embasa a decisão do administrador levando em

⁵² FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 164.

⁵³ NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 91.

consideração os padrões comuns na sociedade em que se vive, de acordo com a particularidade de cada caso concreto⁵⁴.

Acompanhando tal entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁵ observa que:

Em rigor, a proporcionalidade não é senão uma faceta da razoabilidade, pois através do exame da proporcionalidade o que se quer verificar é se a providência tomada (conteúdo do ato) perante certo evento (motivo) manteve-se nos limites necessários para atender à finalidade legal ou se foi mais intensa ou mais extensa que o necessário.

O sentido substancial da legalidade “*não predica a mera coincidência da conduta administrativa com a letra da lei*”, ou seja, não mais se coaduna com o espírito do positivismo legalista, “*mas reclama adesão ao espírito dela, à finalidade que a anima*”⁵⁶.

Na contramão desse entendimento, Luís Virgílio Afonso da Silva sustenta que o princípio da razoabilidade é noção que expressa construção jurídica distinta da regra da proporcionalidade, sob a alegação de que os dois conceitos não têm a mesma origem e se diferenciam também quanto à estrutura e forma de aplicação. Defende que embora se possa admitir que os dois termos tenham objetivos semelhantes, pois é possível controlar as atividades legislativa e executiva por intermédio de ambos, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário o direito dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério⁵⁷.

Não obstante tal entendimento, Juarez Freitas⁵⁸ preceitua que o princípio da proporcionalidade não estatui simples adequação meio-fim. Para ser preciso, a ofensa

⁵⁴ Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem de alcançar. Essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que se vive; não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 80.)

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 101.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 102.

⁵⁷ Como o objetivo deste estudo não é adentrar nas especificidades da diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade, a respeito do tema ver SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 30, abr. 2002.

⁵⁸ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63-4.

à proporcionalidade ocorre, não raro, quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o agente dá prioridade indevida a um deles, em detrimento imotivado de outro. Trazendo um exemplo acerca da aplicação proporcional de valores, analisa-se um caso em que o administrador deve decidir acerca do custeio de determinados tratamentos médicos cujo resultado não pode ser totalmente comprovado cientificamente. Nestes casos, o administrador fica a mercê de um juízo de valor e, para tanto, sua decisão deverá basear-se nos princípios consagrados no ordenamento, dentre eles o da proporcionalidade e razoabilidade a fim de verificar se o custeio do tratamento corresponde ao que se espera razoavelmente do Estado. Cláudia Padaratz⁵⁹, em referência à jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pondera que:

A reclamação deve responder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para o seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável, também depende - de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã - da ponderação por parte do legislador.

Observa-se que a ofensa ao princípio da proporcionalidade pode ocorrer em casos que requeiram a ponderação entre dois ou mais princípios e/ou normas de mesma importância e hierarquia, aplicados simultaneamente ao caso concreto. Daí também se pode citar, como exemplo, o caso dos medicamentos de custos altíssimos, no qual o poder público, muitas vezes em cumprimento de decisões judiciais, acaba fornecendo os fármacos especiais ou excepcionais a determinados pacientes, alocando grande quantidade de recursos públicos para tanto, enquanto que em muitas cidades faltam medicamentos da farmácia básica.

Isso ocorre devido ao fato de que um direito fundamental não pode, nem deve, suprimir inteiramente o outro, na colisão de exercícios. O que acontece é a preponderância momentânea de um sobre o outro quando levada em consideração

⁵⁹ PADARATZ, Cláudia. Políticas públicas e judicialização da saúde: atuação em matéria municipal em matéria de saúde. Da efetivação da assistência farmacêutica. In: DAIBERT, Arlindo et. al. (Org.). *Direito Municipal em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 261.

a faticidade do caso analisado. Não se trata de regras antinômicas, mas sim de preponderância principiológica⁶⁰.

Nestes casos, caberá ao administrador “sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais”⁶¹. É justamente neste momento, que a discricionariedade oferta ao administrador o condão de decidir a prevalência de um princípio ou norma sobre outro(s), em uma interpretação sistêmica do Direito, que o estudo do Direito se impõe.

Apesar da ausência de positivação expressa na Constituição Federal, a razoabilidade pode ser vista como decorrência do princípio da legalidade, alicerce do Estado de Direito, uma vez que a interpretação, do ponto de vista da hermenêutica mais desenvolvida, exclui do universo jurídico as opções irrazoáveis (assim como as imorais e ilegítimas). Nesta perspectiva, a razoabilidade é um parâmetro de limitação da discricionariedade do Poder Público⁶².

Alguns Estados ampliaram o rol de princípios a serem observados pela Administração Pública, positivando expressamente o princípio da razoabilidade. É o caso do Estado do Rio Grande do Sul que, no art. 19 da Constituição Estadual⁶³, além do princípio da razoabilidade, prevê a observância aos princípios da legitimidade, da participação, da economicidade e da motivação, alargando o rol constante na Constituição Federal.

Segundo Nohara, razoabilidade é termo plurívoco, sendo utilizado no Direito com inúmeros significados, dentre os quais podem ser ressaltados bom-senso,

⁶⁰ Juarez Freitas traz à tona derivações que considera ligadas na essência do princípio da proporcionalidade: “a) jamais se deve impor ônus real de uso pelo Poder Público se o simples exercício regular e gratuito do poder de polícia administrativa for suficiente; b) jamais se deve desapropriar se a imposição do ônus real for satisfatória; c) jamais se deve promover o licenciamento compulsório, por razões de interesse público, salvo, como derradeira ratio, se esgotadas todas as negociações possíveis; d) jamais se devem regular, na esfera estatal, as matérias que a sociedade mostrar aptidão para gerir por si própria, pois no Estado contemporâneo, de função crescentemente reguladora (sem renúncia às conquistas basilares do “Estado Social”), imprescindível atentar para as democráticas exigências de atuação subsidiária e voltada à produção de economia institucionalmente madura.” FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 65.

⁶¹ *Ibid.*, p.64.

⁶² NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 153.

⁶³ Art. 19 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios, visando à promoção do bem público e à prestação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõe, observará os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, da economicidade, da motivação e o seguinte: [...] (RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 03 de outubro de 1989*. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/valdecioliveira/LinkClick.aspx?fileticket=6hSS7_eUEoA%3D&tabid=5520>. Acesso em: 5 jun. 2013).

standard de racionalidade e princípio que, não obstante ser positivado recentemente⁶⁴, deve estar sempre presente na sistemática jurídica.

Chaïm Perelman⁶⁵, analisando a possibilidade de controle dos poderes discricionários utilizados de maneira desarrazoada, manifestou-se:

Toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma autoridade ou a uma pessoa de direito privado, esse direito ou esse poder será censurado se for exercido de forma desarrazoada. Esse uso inadmissível do direito será qualificado tecnicamente de formas variadas, como abuso de direito, como excesso ou desvio de poder, como iniquidade ou má-fé, como aplicação ridícula ou inadequada de disposições legais, como contrário aos princípios gerais do direito comum a todos os povos civilizados. Pouco importam as categorias jurídicas invocadas. O que é essencial é que, num Estado de Direito, quando um poder legítimo ou um direito qualquer é submetido ao controle judiciário, ele poderá ser censurado se for exercido de forma desarrazoada, portanto inaceitável.

O administrador público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos. Isso significa que o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), nas suas duas facetas (vedação de excesso e vedação de inoperância/omissão), apresenta-se especialmente relevante ao impor moderação no exercício de poderes e ao cobrar, diligentemente, o cumprimento dos deveres prestacionais positivos, de sorte a ser incorporado, obrigatoriamente, entre os parâmetros de avaliação sistêmica dos resultados da gestão pública⁶⁶. Esse desafio é cotidianamente enfrentado por gestores públicos, seja na seara federal, estadual ou municipal.

Com recursos escassos e limitados para atender a infindável demanda na área da saúde, cabe aos administradores formular e desenvolver políticas públicas que melhor atendam as necessidades da população. A adoção de critérios de consultas e de participação dos administrados é cada vez mais importante na verdadeira constituição do Estado Democrático e Social de Direito. No entanto, antes de realizar uma reflexão sobre os movimentos sociais e as formas de participação popular nas decisões envolvendo o desenvolvimento das políticas de

⁶⁴ Como é o caso do Estado do Rio Grande do Sul.

⁶⁵ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 429.

⁶⁶ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 63.

saúde, importante que se façam ponderações acerca da transparência administrativa e suas benesses no atual sistema jurídico e social.

2.2.2 A Transparência Administrativa e os Novos Meios Tecnológicos no Combate à Corrupção

A discricionariedade sempre foi tema de manifesta contradição tanto na esfera judicial (decisões judiciais), como no âmbito administrativo (decisões dos agentes públicos responsáveis pela gestão dos entes governamentais). No Direito Público, o controle dos atos administrativos discricionários transformou-se no grande desafio, tanto por parte dos órgãos fiscalizadores, quanto por parte da população em geral, cuja finalidade do ato se propõe.

Os desvios de condutas dos administradores geralmente se iniciam quando se maculam os princípios, levando-nos a refletir sobre um dos aspectos mais antigos e contundentes de todos os tempos: a corrupção como resultado social e político. Verifica-se que uma simples conduta ou comportamento negativo da autoridade pública produz na mentalidade do povo um descrédito sobre as instituições e dirigentes governamentais. Conforme já se manifestara Montesquieu⁶⁷: *“todo aquele que detém o poder tende a abusar dele. É necessário então que o poder detenha o poder”*. Isto é, cumpre que aquele que faz as leis não as execute nem julgue. Que aquele que executa as leis nem as faça ou julgue, e que aquele que julga nem as faça ou execute.

Bobbio⁶⁸, ao tratar das relações da democracia com o poder invisível, estatui que a publicidade é entendida como uma categoria tipicamente iluminista na medida em que representa um dos aspectos da batalha de quem se considera chamado a derrotar o reino das trevas. Utiliza-se, por isso, a metáfora da luz, do clareamento para contrastar o poder visível do invisível. A visibilidade vai favorecer a acessibilidade e a possibilidade de controle dos atos públicos.

Daí se origina a polêmica do iluminismo contra o Estado absoluto, a exigência da publicidade com relação aos atos do monarca fundados no poder divino. O triunfo dos

⁶⁷ *“mais, c’est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusq’à ce qu’il trouve des limites. Qui le dirait! La vertu même a besoin de limites [...] Tout seroit perdu si lè même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois provouirs: celui de faire des lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou des différends des particuliers.”* MONTESQUIEU. *De l’esprit des lois*. Paris: Garnier Frères, 1869. p. 142-3.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 103.

iluministas tem como resultado o art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que prevê o direito da sociedade de pedir contas a todo o agente público incumbido da administração. Este direito evolui e vem consolidado na Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, que, no art. 41, prevê o direito a uma boa administração.

No âmbito administrativo, uma forma eficaz de combate aos desvios de finalidade cometidos pelos administradores públicos é a transparência. A indispensabilidade da prestação de contas das verbas públicas foi objeto de análise de Adilson Abreu Dallari⁶⁹, que assim enfrentou a matéria:

Na gestão empresarial pode ocorrer coincidência entre o administrador e o dono. Na administração pública isso nunca ocorre; o administrador público é sempre um gestor de coisa alheia, pois o dono do interesse público é a coletividade. Sendo elementar que todo aquele que gere interesse alheio deve prestar contas de sua gestão, é também elementar que toda e qualquer autoridade pública, de qualquer nível hierárquico e de qualquer ramo do Poder, deve submeter-se a alguma forma de controle de seus atos.

A transparência administrativa pode ser considerada como um dos principais cânones no combate aos desvios de conduta eventualmente praticados pelos administradores públicos no desempenho de suas funções. A liberdade concedida pelo ordenamento quando da decisão dos atos administrativos discricionários⁷⁰

⁶⁹ DALLARI, Adilson Abreu. Administração pública no estado de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 5, p. 35, 1994.

⁷⁰ A própria finalidade de interesse público, razão de ser de quaisquer atividades governamentais, postula realmente que o administrador público não se contente com a solução apenas razoável, boa. Se há uma solução que, inquestionavelmente, se apresenta, em face das circunstâncias, como a mais adequada à realização do interesse público, é essa que deve ser implementada, e não qualquer outra. O dever de boa administração, no-lo doa Guido Falzone, dentre outros (FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Dott A. Guiffré, 1953. p. 112), tem natureza jurídica e se traduz como “il dovere del migliore esercizio della funzione”. Assim, o ato que viola esse dever é ato inválido. Todavia, para que um ato seja invalidado por violação desse dever, é preciso, a nosso ver, demonstrar, inquestionavelmente, que outra solução ao alcance do agente público se apresentava como a melhor. Nem sempre essa demonstração é possível, mesmo porque o que hoje, e para muitos, sequer parece acertado, amanhã poderá revelar-se como tendo sido a melhor solução, aplaudindo-se então o agente público pela sua capacidade ou intuição de projetar adequadamente o futuro. Por outro lado, o que hoje parece ser o mais adequado, a melhor solução, amanhã poderá ser tido como um grande equívoco. Daí porquê, não raras vezes, deve prevalecer a opção realizada pelo administrador público, pois no exercício de competência inerente ao cargo para o qual foi investido. Bastará, em muitas oportunidades, que a decisão tomada não desborde os limites normativos e os extraíveis das circunstâncias do caso concreto – e esses limites podem comportar mais de uma possível decisão – para que prevaleça o ato expedido, a decisão adotada, em nome mesmo da discricionariedade. (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 98).

impõe ao sistema jurídico a adoção de formas de controle dos atos que envolvem o interesse supremo da coletividade.

Conforme expõe Cammarosano⁷¹, o agente público, como homem, é um ser livre. E o poder de determinar-se a si próprio pode levá-lo também a, conscientemente, violar o Direito em face do exercício de competência vinculada. A pretexto, pois, de exercitar competências, quer discricionárias, quer vinculadas⁷², o agente público pode violar a ordem jurídica simplesmente.

Para Camacho⁷³, a responsabilidade do servidor está umbilicalmente atrelada ao controle dos atos públicos:

Y hablamos de democracia republicana porque hoy nos convoca justamente dos de las características esenciales de Ella: el control de los actos públicos y responsabilidad de los funcionarios públicos, dos aspectos que no pueden separarse y que doctrinaria y jurídicamente han estado (o deberían estar) unidos, a tal punto que no pueden concebirse por separado.

Além da responsabilização pessoal do servidor, sustenta Camacho que o administrador deve seguir o princípio da razoabilidade e transparência toda vez que tiver de tomar alguma decisão que a Lei não indique conduta precisa. Para o autor, o sistema normativo, muitas vezes ambíguo e omissivo, imputará aos administradores o poder de decidir questões cuja previsão não encontra substrato na Lei. Nestes casos, impõe-se ao agente público a utilização de critérios técnicos para a adoção da conduta que trará maiores benefícios à sociedade, indicando a conveniência administrativa que embasou a decisão⁷⁴.

A imbricação dos diversos princípios que balizam as atividades exercidas pelos agentes públicos expõe de maneira cada vez mais contumaz o dever da sociedade em fiscalizar as atividades estatais. Para que isso seja possível, necessário que o sistema normativo disponibilize meios palpáveis para a concretização efetiva do controle por parte dos cidadãos. É neste contexto que a imprescindibilidade da transparência se evidencia.

⁷¹ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 98-9.

⁷² Entende-se como ato vinculado aquele que não deixa qualquer margem de apreciação subjetiva pelo agente, obrigando-se a agir de tal ou qual forma em função da realização fenomenológica de determinados pressupostos legais. (GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 128).

⁷³ CAMACHO, Emilio. *Lecciones de derecho constitucional*. Asunción: Intercontinental, 2007. v. 2, p. 254.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 258-9.

A identificação do Princípio da Transparência Administrativa está ligada umbilicalmente com a essência ideológica de democracia participativa, seja através do acesso à informação, seja pela participação cidadã na gestão da coisa pública, como forma de minimizar os espaços alocados ao caráter sigiloso da atividade administrativa, habitat propício da ineficiência, do arbítrio e da imunidade do poder.

A divulgação dos dados e dos investimentos, com livre acesso aos usuários, é uma das maneiras de disponibilizar aos contribuintes acesso à informação acerca da forma como os administradores vêm aplicando o orçamento público.

Evidenciando a importância da transparência e da publicidade dos atos públicos, Juan Carlos Cassagne⁷⁵ teceu as seguintes ponderações:

A transparência e a publicidade como princípios fundamentais da privatização, pois o primeiro evita os atos ocultos, os desvios de poder em que podem incorrer os agentes públicos, e o segundo estimula a máxima concorrência de interessados mediante a difusão pública que se articula pela utilização de procedimentos que permitam a maior participação privada e uma adequada tutela dos direitos dos particulares.

O aumento dos canais de vigilância, em cumprimento ao princípio da transparência, possibilita um controle mais eficiente das contas públicas, proporcionando a preservação e satisfação do interesse público, principalmente no que diz respeito às escolhas discricionárias dos agentes públicos, sob o pálio de fazer cumprir as ordens constitucionais.

Através da publicização dos atos e das contas governamentais, possível se torna a visualização, embora sumária, dos resultados e efeitos da aplicação dos recursos públicos, dando margem para averiguação se as ações atingiram índices satisfatórios de desempenho, em cumprimento ao já suscitado princípio da eficiência. A ressalva feita aqui quanto a sumariedade da análise das contas públicas diz respeito à dificuldade técnica enfrentada pelo cidadão comum para avaliar os relatórios de gestão fiscal e orçamentária, o que, muitas vezes, inviabiliza a produção de um juízo de valor acerca da eficiência das políticas

⁷⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. p. 155.

públicas desempenhadas pelos entes estatais, seja na esfera municipal, estadual ou federal.

A identificação da publicidade como princípio constitucional da Administração Pública, explicitando a transparência como objetivo, núcleo ou ponto de partida dos fins por ela proporcionados, caracteriza-a como fim da publicidade quando esta é um dos meios pelos quais se alcança aquela, sem exclusividade por ser o embasamento de outras manifestações (motivação e participação popular). Nesta seara, ao permitir o conhecimento e o acesso aos dados e arquivos governamentais, a publicidade passa a ser o primeiro estágio da transparência administrativa⁷⁶.

As incessantes e pragmáticas transformações sociais impõem ao Estado o dever de propiciar aos cidadãos um poder maior de controle dos recursos aplicados na saúde pública, possibilitando aferir se a Administração destina o percentual constitucional mínimo para o desenvolvimento das políticas sanitárias, conforme prevê a Lei Complementar 141/2012⁷⁷. Para tanto, a utilização de novos meios tecnológicos deixou de ter papel coadjuvante, passando a ser ferramenta indispensável para o atendimento das funções precípua da Administração Pública no combate à corrupção.

Camacho⁷⁸ sustenta que a luta contra a corrupção deve ser realizada com os meios que o ordenamento jurídico dispõe, não devendo o combate ser postergado sob o argumento da espera pela reforma da legislação, sob pena da população perder o crédito no sistema normativo, o que afrontaria a democracia e fomentaria o ressurgimento do regime autoritário:

La lucha contra la corrupción debemos llevarla a cabo con los medios que contamos hoy, pues el daño que produce la sensación de impunidad es casi irreparable y puede conducir a la sociedad a

⁷⁶ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 18-9.

⁷⁷ Lei Complementar revalidada pelo menos a cada 5 anos, nos termos do § 3º do art. 198 da Constituição Federal. O art. 5º da LC 141/2012 estabelece que a União deverá aplicar anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. Já o art. 6º da LC 141/2012 fixa aos Estados e Distrito Federal o percentual mínimo de 12% da arrecadação tributária específica para aplicação em ações e serviços públicos de saúde, enquanto que aos Municípios cabe o percentual de aplicação referente a 15% da arrecadação tributária específica. BRASIL *Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acesso em: 13 jun. 2013.

⁷⁸ CAMACHO, Emilio. *Lecciones de derecho constitucional*. Asunción: Intercontinental, 2007. v. 2, p. 254.

perder la fé en la democracia y justificar incluso la substitución por un régimen autoritário.

Para Têmis Limberger⁷⁹, o desenvolvimento tecnológico disponibiliza inúmeros mecanismos que propiciam a mitigação dos desvios de condutas usualmente verificados na Administração Pública. Por oportuno, ressaltou que a publicidade e a transparência dos atos administrativos revelam-se uma excepcional ferramenta para atravancar a corrupção que porfia em permanecer no sistema político nacional e internacional:

Desta forma, é possível propugnar um controle dito vertical, uma vez que se tem buscado a cada dia a democratização do poder. Nesta visualização de controles, seria possível a sociedade fiscalizar os atos praticados pelo Estado nas suas mais diferentes funções. Esta proposição de controles horizontais e verticais foi desenvolvida por Karl Loewenstein⁸⁰.

No eixo infraconstitucional, Limberger⁸¹ também ressalta a importância da Lei de Responsabilidade Fiscal ao impor ao gestor a publicização dos relatórios de gestão fiscal, dando passo importante na busca pela almejada transparência:

A Lei inovou, também, ao estatuir que houvesse transparência nas contas públicas, isto é, a divulgação pelos meios eletrônicos dos relatórios de gestão fiscal. A informação é básica quando se trata de poder gerenciar recursos visando a efetivar os direitos sociais. O direito de informar e ser informado é eixo central no Estado Democrático de Direito.

Concorrendo para o aperfeiçoamento dos graus de transparência administrativa, a participação popular, mais aberta a um espectro amplo de interesses diretos e indiretos, difusos e coletivos, com influência e responsabilidade

⁷⁹ LIMBERGER, Têmis. As novas tecnologias e a transparência na administração pública: uma alternativa eficaz na crise dos controles clássicos do Estado, a fim de viabilizar a concretização de direitos. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 212.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 212.

⁸¹ *Id.* Transparência na gestão fiscal e efetividade: a importância da cultura constitucional e orçamentária. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 282.

no processo decisório, tem papel elementar no estabelecimento das garantias fundamentais dos administrados e do bom funcionamento administrativo⁸².

Wallace Paiva Martins⁸³ destaca que a transparência não é instrumento da participação, e sim o contrário: esta proporciona aquela – como também é instrumento da legalidade, moralidade, eficiência e impessoalidade. Participação popular, processo administrativo, publicidade, acesso e motivação concretizam a transparência administrativa na medida em que não apenas informam ao público, como também garantem a colaboração do público e tornam públicas as decisões tomadas e o destino da aplicação dos recursos públicos.

Tem-se, portanto, que a participação popular vem a ser um dos instrumentos essenciais da transparência administrativa, merecendo destaque no cenário político, jurídico e civil do nosso país. Em razão de tal expectativa, o tema envolvendo a participação popular na área de saúde ganha papel de destaque no cenário contemporâneo.

2.3 Os modelos estatais frente às novas exigências de governabilidade

A estrutura dogmática que dominou as grandes codificações europeias do século XIX e primava pela separação estrema do direito público e do direito privado não atende às exigências e necessidades da sociedade contemporânea. Aliás, como a história em si provou, seja através de guerras, massacres, genocídios e retrocessos democráticos, a divisão entre direito público (que assegurava as garantias fundamentais) e direito privado (que primava pela autonomia da vontade) não atendeu as expectativas da era pré-industrial, marcada pela crescente demanda tecnológica.

No entendimento de A. Saddy⁸⁴, as características gerais da configuração contemporânea, denominada por Chevalier como Estado Pós-moderno⁸⁵, têm em sua concepção uma gama de Estados, a saber: o Estado Regulador, o Estado Distributivo, o Estado Associativo e o Estado Propulsivo.

⁸² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 19-20.

⁸³ *Ibid.*, p. 21.

⁸⁴ SADDY, André. *Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 22-3.

⁸⁵ Quanto a este tema sugere-se a leitura da obra: CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009.

O Estado Regulador regulamenta e fiscaliza o mercado, especializando-se em diversos setores e segmentos, abandonando a pura e exclusiva direção técnica, à interpretação de conceitos técnicos para implementação de políticas públicas, por meio de atos normativos, executivos e judicantes. O Estado Distributivo, por sua vez, atua com a função de alocar recursos, passando a desempenhar duas funções distributivas – uma externa (ou política), por meio de políticas sociais voltadas aos segmentos assistidos, e outra, interna (ou administrativa), que se executa por meio dos orçamentos públicos, na distribuição dos meios financeiros entre entes e órgãos. Já o Estado Associado desempenha o papel de associação econômica entre o Estado e a iniciativa privada, convocando os entes da sociedade para a colaboração, o que se torna um incentivo a estes. Por derradeiro, o Estado Propulsivo tem a função de impulsionar a iniciativa privada (fomento empresarial), promover a oportunidade de trabalho (fomento laboral), incentivar os investimentos (fomento financeiro) e desbravar as novas alternativas econômicas (fomento científico-tecnológico)⁸⁶.

Essas funções estabelecidas para o Estado, cumuladas com o desencadeamento do fenômeno da descodificação ou descentralização da ordem jurídica, agregando funções e moldando o poder estatal às novas exigências da sociedade, traz consigo o desafio de concretizar os direitos de primeira ordem que garantam as prerrogativas de acesso pleno à saúde e, por conseguinte, resguarde o cumprimento dos preceitos consagrados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A consecução do direito de acesso à saúde, por conseguinte, perpassa impreterivelmente pela adoção de políticas públicas efetivas, estando estas, por sua vez, atrelada umbilicalmente ao poder discricionário dos representantes incumbidos pelo povo de gerir as contas públicas e desenvolver os programas sociais de acordo com o interesse geral de seus governados, de maneira mais eficaz e que melhor atenda às suas necessidades. Nesta seara que a adoção de políticas transparentes e a participação democrática popular, dando margem à população participar e fiscalizar de maneira mais efetiva o destino dos investimentos públicos, acaba por diminuir a discricionariedade dos agente públicos, atenuando as possibilidades de desvios de condutas e má utilização do dinheiro público.

⁸⁶ SADDY, André. *Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 22-3.

Para Habermas⁸⁷, política pública é a solução proposta pelo Estado, por meio de seus representantes, para um problema geral no interior de um espaço de mediação no qual se insere a publicização das ações e a opinião pública.

No entanto, para evitar abusos (arbitrariedades por excesso) e inoperância (arbitrariedade por omissão), cabe ao Estado e ao controle social, no caso das políticas de saúde, fiscalizar e instituir medidas capazes de submeter a discricionariedade administrativa ao mais rígido controle de eficiência, pautado nos princípios consagrados no texto constitucional⁸⁸.

O direito à participação política efetiva gera, em contraponto, o dever dos representantes de defender os interesses comuns da sociedade, constituindo, assim, a cidadania, a qual tem fulcro na participação de um grupo social com o intuito de fazer prevalecer o interesse geral e de cada cidadão dentro das suas necessidades. Esta participação, conforme se verificará, tem papel fulcral no desenvolvimento de uma sociedade social e democrática, que proporcione aos seus cidadãos as concretizações e garantias do mínimo existencial, compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna.

Tendo como base os ideais do Estado Democrático de Direito, deve o administrador público sopesar suas decisões e, com base num princípio inerente à atuação estatal, qual seja, o da proporcionalidade, optar pela conduta mais eficaz, que atenda de maneira efetiva o interesse da coletividade, cumprindo, desse modo, com os objetivos previstos pelo ordenamento constitucional no que tange à execução de políticas públicas sanitárias.

O direito à boa governança elenca como dever obrigacional de seu(s) agente(s), como forma de ver assegurada a satisfação dos direitos e garantias previstas na Constituição Federal, a adoção de políticas que assegurem aos cidadãos o exercício pleno das regras insculpidas no texto constitucional. Isso pressupõe o dever obrigacional do Estado em disponibilizar para a sociedade todos meios necessários para concretização dos direitos sociais, aqui ressaltado o direito à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal.

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *L'enfance public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*. Paris: Payot, 1993.

⁸⁸ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63.

Cabe destacar as “ações de governo” ou “políticas públicas”, que, como fonte primária na implementação dos direitos sanitários, acabam afetando todo organograma previsto no ordenamento jurídico. Isso ocorre porquê, da maneira ineficiente e omissiva com que são executadas, ao passo que deveriam resguardar de forma indiscriminada os direitos e garantias preconizadas na Constituição, acabam transferindo ao Poder Judiciário a responsabilidade pela função social de concretizar os direitos fundamentais, sobrestando a competência originária do Poder Executivo. É a denominada jurisdicionalização da política⁸⁹.

O próprio poder político tende a transferir ao juiz o incômodo de decidir determinadas questões sensíveis, visando, desse modo, imiscuir-se de eventual responsabilização perante os órgãos fiscalizadores. Essa ampliação de poderio aumenta o déficit de legitimidade da própria instância política, que parece incapaz de arbitrar os diversos interesses sociais em conflito.

Importante aqui mencionar o voto do Ministro Marco Aurélio quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45⁹⁰, cujo tema central girava em torno da questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas.

⁸⁹ Sobre o tema ver ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. O judiciário e a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais: jurisdição e políticas públicas. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 17-29.

⁹⁰ Em voto, o eminente Ministro-Relator ressalta que: “é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao poder judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da carta política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45*. Relator: Min. Celso de Mello, publicada no DJ de 04 de maio de 2004).

Naquela ocasião, o supremo órgão jurisdicional decidiu que, quando o Poder Executivo deixar de implementar políticas públicas que venham a comprometer direitos individuais ou coletivos previstos no ordenamento constitucional, poderá o Poder Judiciário incumbir-se de zelar pelo cumprimento de tais promessas, adotando as pertinentes e necessárias medidas⁹¹. E é nesse sentido que vêm sendo ratificadas pelo Supremo Tribunal Federal as decisões no âmbito da saúde, quando as questões envolvem fornecimento de medicamentos e/ou disponibilização de tratamentos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTTELATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. *In casu*, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.⁹²

⁹¹ Sobre a questão referente ao princípio da reserva do possível, sugere-se a leitura de OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008; APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009; SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In.*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 607381 AgR/SC- Santa Catarina*. Relator: Min. Luiz Fux, publicada no DJ de 17 de junho de 2011.

Para Juarez Freitas⁹³, a boa administração pública guarda estreita vinculação a três subprincípios que devem ser levados em consideração pelo administrador quando da tomada das decisões:

- a) o *subprincípio da adequação entre meios e fins*: tal diretriz exige relação de pertinência entre os meios escolhidos pelo administrador e os fins colimados pela lei⁹⁴ ou pelo ato administrativo. Guardando parcial simetria com o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbotes*), a medida implementada pelo Poder Público precisa evidenciar não apenas conformidade com os fins almejados (*Zielkonformität*), mas, também, apta a realizá-los (*Zwecktauglichkeit*). Igualmente se mostram inadequadas a insuficiência ou a omissão antijurídica e causadora de dano;
- b) o *subprincípio da necessidade*: o que esse subprincípio impõe não é tanto a necessidade dos fins, mas a justificável inafastabilidade dos meios mobilizados pelo Poder Público. Quando há muitas alternativas, o Estado deve optar em favor daquela que afetar o menos possível os interesses e as liberdades em jogo. É que “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível”;
- c) o *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*: a cláusula da proporcionalidade *stricto sensu* decorre do reconhecimento de que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, mas desproporcionais em relação ao custo/benefício. Sem incorrer no simplificador cálculo utilitário ou na mera análise econômica, a proporcionalidade, em sentido estrito, indaga pelo “preço a pagar”. Vale dizer, faz a conta dos ganhos e das perdas, ao apurar se os ônus não são desmesurados. Aqui, o princípio se entrelaça com os princípios da economicidade, da eficiência e da eficácia.

Desse modo, pode-se dizer que a boa governança é um direito do cidadão como qualquer direito social expresso no texto constitucional. A deliberação da sociedade civil, a participação, a negociação e o consenso transparentes, objetivando alcançar benefícios comuns que se expressam em forma de programas, leis e instituições que se obrigam e servem a todos são características que devem ser encaradas como pilares indissolúveis da democracia, devendo, por conseguinte,

⁹³ FREITAS, Juarez. *Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 67-8.

⁹⁴ Sobre o tema ver STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ter suas forças cada vez mais sedimentadas em ações que estimulem a participação popular e o controle social. Rejeita-se, desse modo, todo e qualquer decisionismo hiperbólico, sem modulações e nefasto à racionalidade dialógica, assim como o servilismo dos esbulhadores da juridicidade sistemática⁹⁵, em um processo de fortalecimento da participação do cidadão na tomada de decisões e no controle fiscalizatório das políticas públicas.

⁹⁵ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 31.

3 A COMPLEXIDADE DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E OS DESAFIOS DO SISTEMA CONTEMPORÂNEO

No atual contexto de Estado-nação, ser cidadão é ser reconhecido politicamente pelo Estado, que assegura, além dos direitos políticos propriamente ditos (votar, ser eleito e participar da vida política), os direitos civis, dentre os quais o “direito à saúde”. Consuetudinariamente, os cidadãos reclamam das democracias o reconhecimento de novos direitos à cidadania, que não são mais apenas os direitos “inerentes” ao indivíduo “cidadão”, mas são direitos de toda pessoa que vive na sociedade, a qual tem como dever ser igualitária e redistributiva do produto objeto da arrecadação tributária⁹⁶.

A saúde configura um direito fundamental do cidadão e deve ser garantida pelos governos – nos níveis nacional, regional e local – por meio de sólido investimento político, econômico, social e cultural. Essa concepção implica na necessidade de inter-relação efetiva entre distintas esferas governamentais com o objetivo de elaborar e implementar políticas públicas saudáveis e equânimes. Tal estratégia objetiva diminuir as desigualdades e as injustiças que são impeditivas para o alcance do direito de bem-estar e da melhoria de qualidade de vida⁹⁷.

A garantia de acesso universal e irrestrito à saúde traz consigo a responsabilidade do sistema de saúde dar cumprimento aos ditames insertos no texto constitucional e nas diversas normas que visam proporcionar um viver saudável e transpor o paradigma intervencionista e curativo. O estudo dos aspectos históricos e legais inerentes ao direito de acesso à saúde e a forma de atuação da iniciativa privada frente à função reguladora e fiscalizadora do Estado são temas que ganham relevância no cenário contemporâneo.

Apesar das diversas dificuldades enfrentadas pelo Estado quando do desenvolvimento das ações e políticas de saúde, a busca pela identificação das posturas adotadas pelos governos devem vir acompanhadas de estudos baseados na realidade vivenciada pelo sistema de saúde. A forma com que o governo federal vem tratando as questões relacionadas ao déficit de atendimento de saúde nos

⁹⁶ ARNAUD, André-Jean; CAPELLER, Wanda. Cidadania e direito à saúde. *In*: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: Cead/UNB, 2008. v. 4, p. 33-4.

⁹⁷ COSTA, Luiza Aparecida Teixeira; GUILHEM, Dirce. Educação em saúde. *In*: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: Cead/UNB, 2008. v. 4, p. 293.

remete à análise dos dados apresentados em 2013 pelo CREMESP quando do estudo da demografia médica.

Outro aspecto relevante que merece destaque no presente estudo diz respeito às políticas de descentralizações político-administrativas dos serviços de saúde e as formas de controle social sobre as ações e políticas públicas relacionadas à saúde, métodos considerados eficientes na busca de soluções para o déficit no cumprimento dos preceitos legais e constitucionais.

3.1 O Sistema Normativo e a Saúde Pública

No ano de 1946, logo após o término da II Guerra Mundial, a Organização Mundial de Saúde (OMS) divulgou, no preâmbulo de sua Constituição, o conceito de saúde, compreendido como *“o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”*. Para Costa e Guilhem, apesar desta definição ter sido reiterada inúmeras vezes, é possível compreender que ela encontra-se longe de retratar a realidade vivenciada por grande parte da população mundial. No entanto, esse enunciado representa o marco simbólico que determina um compromisso a ser perseguido. Segundo os autores, a saúde não significa um estado de estabilidade, mas tende ao equilíbrio ao longo da vida, uma vez que o desenvolvimento da sociedade, dos indicadores de saúde, do processo de cuidar e da capacitação individual e coletiva para o enfrentamento dos agravos à saúde alteram-se com o passar do tempo e das mutações sociais⁹⁸.

A participação popular nos processos de desenvolvimento das políticas de acesso à saúde de longa data vem sendo inclusa na pauta de discussão perante a comunidade jurídica. Já década de 80, quando da elaboração da carta de intenções em Ottawa, Canadá – Carta de Ottawa, durante a 1ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, a preocupação quanto ao alcance de uma forma de viver saudável e transpor o paradigma intervencionista e curativo, foi elencada como um dos marcos em busca da promoção de saúde, conceituada como *“[...] um processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria da sua qualidade de vida e*

⁹⁸ COSTA, Luiza Aparecida Teixeira; GUILHEM, Dirce. Educação em saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: Cead/UNB, 2008. v. 4, p. 293.

saúde, incluindo maior participação e controle nesse processo⁹⁹. Isso demonstra a importância e o poder de influência que o controle e a participação popular mantêm no processo de desenvolvimento das políticas públicas e privadas¹⁰⁰ de acesso à saúde, tanto a nível nacional como internacional.

Seguindo essa linha, Gutierrez e colaboradores¹⁰¹ ampliam o conceito de promoção da saúde definindo-a como:

[...] o conjunto de atividades, processos e recursos, de ordem institucional, governamental ou da cidadania, orientados a propiciar a melhoria das condições de bem-estar e acesso a bens e serviços sociais, que favoreçam o desenvolvimento de conhecimentos, atitudes e comportamentos favoráveis ao cuidado da saúde e o desenvolvimento de estratégias que permitam à população maior controle sobre sua saúde e suas condições de vida, a níveis individual e coletivo.

A saúde não deve ser encarada como um conceito raso, fechado e simplório, restringindo-se a métodos preventivos e curativos. Deve sim ser analisada como um sistema autopoietico¹⁰², em que a sua promoção se dá através de meio de interação de ações que visem a melhoria das condições de vida, habitação, trabalho, educação, cultura, serviços de saúde, disponibilização de infraestrutura básica, formas de lazer e descanso, acesso aos bens de consumo, dentre outros.

Antes da Constituição de 1988, já existiam legislações federais que versavam de forma expressa sobre temas de interesse à saúde, como as Leis 5.991/73, 6.259/75, 6.360/76 e 6.437/77. Essas leis, ainda esparsas, organizavam um sistema de vigilância em saúde no Brasil, mas não formavam ainda um todo coerente e harmônico suficiente para que se possa dizer que, naquela época, já havia um campo desenvolvido de Direito Sanitário no Brasil. A legislação da década de 1970

⁹⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Carta de Ottawa. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE PROMOÇÃO DE SAÚDE, 1., Canadá, 1986.

¹⁰⁰ Aqui entende-se como os serviços concedidos, delegados, conveniados e as parcerias público-privadas no processo de integração social para o desenvolvimento das políticas de saúde.

¹⁰¹ GUTIERREZ, M. et al. Perfil descriptivo-situacional del sector de la promoción y educación en salud: Colombia. In: AROYO, H. V.; CERQUEIRA, M. T. (Ed.). *La Promoción de la salud y la educación para la salud en America Latina: un análisis sectorial*. Puerto Rico: Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1996.

¹⁰² Na tentativa de criar uma nova organização que caracteriza os seres vivos como unidade, os chilenos Maturana e Varela denominaram um novo termo que permitiu levar em conta as condutas dos sistemas vivos, sejam eles biológicos, humanos ou sociais, chamado "sistema autopoietico", concedendo autonomia como traço central da organização. Para o tema, sugere-se a leitura de ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

representa a gênese do Direito Sanitário brasileiro, mas a consolidação desse ramo do Direito somente veio afirmar-se na década de 1990¹⁰³.

Com o advento da Constituição Federal, o trato para com o direito à saúde ganhou novos ares. Na medida em que, no art. 6º, houve o reconhecimento da saúde como um Direito, acrescido do fato do texto constitucional ter estruturado um Sistema Único de Saúde nacional, uma nova era na organização e no acesso à saúde foi consolidada no país.

A partir de então, viu-se uma produção nunca antes vista no que se refere ao tratamento do Direito Sanitário: destacam-se as leis que representam, em seu conjunto, o que se convencionou chamar de Lei Orgânica da Saúde (Leis 8.080 e 8.142, ambas de 1990); os diversos Códigos Sanitários Estaduais e Municipais; as Leis de criação das Agências Nacionais de Vigilância Sanitária (Lei nº 9.782/1999) e de Saúde Suplementar (Lei nº 9.656/1998); a recente Lei que criou a Hemobrás e também a Lei de Bioética (Lei nº 11.105/2005), entre outras diversas que tratam exclusivamente de assuntos relacionados com a promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil. Isso sem falar dos inúmeros regulamentos infralegais (decretos, portarias e resoluções produzidos a partir dessa nova ordem normativa)¹⁰⁴.

O artigo 196 da Constituição Federal estabeleceu uma relação de atuação positiva do Estado para com seus administrados no que diz respeito ao resguardo do livre e irrestrito acesso à saúde. A transformação sofrida a partir da entrada em vigor do referido dispositivo constitucional imputou ao Estado o agir intervencionista, mediante adoção de políticas e ações que defendam o direito à saúde e combatam a inércia verificada em outros contextos sociais. Essas políticas, segundo o texto constitucional, têm como dever objetivo a *redução do risco de doenças e outros agravos* e o *acesso universal e igualitário às ações e serviços*.

Fernando Aith faz importante menção que “O direito à saúde é reconhecido não só na Constituição Federal como também nos tratados e nas declarações de direito internacional”¹⁰⁵.

¹⁰³ AITH, Fernando. Consolidação do direito sanitário no Brasil. COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). *O direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: Cead/UNB, 2008. v. 4, p. 73.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 74.

¹⁰⁵ AITH, Fernando. *Manual de direito sanitário*. [S.l.], 2013. p. 34. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_direito_sanitario.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2013.

Segundo Aith, como direito social, o direito à saúde exige do Estado a organização de uma rede de serviços públicos de saúde eficazes para sua promoção, proteção e recuperação. Essa rede de serviços públicos deve ser capaz de oferecer serviços diversos e de complexidade variada, tais como a organização de políticas de vigilância em saúde, a construção e manutenção de postos de saúde e hospitais, a adoção de programas de vacinação, a contratação de médicos e outros profissionais de saúde necessários para a prestação dos serviços públicos de saúde. Aith ainda referencia o direito à saúde como a possibilidade de ser reconhecido como um direito individual, social ou subjetivo público¹⁰⁶:

De outro lado, deve-se ter em vista que o direito à saúde também pode ser compreendido como um direito individual de cada cidadão, oponível ao Estado por meio de ação judicial, pois permite que um cidadão ou um grupo específico de pessoas exijam do Estado o fornecimento de serviços de saúde específicos, tais como um determinado tipo de medicamento ou de tratamento cirúrgico. Assim, o direito à saúde é ao mesmo tempo um direito social e um direito subjetivo público, individual: permite que um cidadão ou uma coletividade exijam que o Estado adote medidas específicas em benefício da sua saúde ou, ainda, que o Estado se abstenha de adotar ações que possam causar prejuízos à saúde individual ou coletiva (não poluir o ambiente, por exemplo).

Enfatizando a expressão “risco de doenças”, Schwartz¹⁰⁷ entende que resta cristalina e juridicamente comprovada a conexão risco, saúde e direito, ficando aquela conotação ligada a uma ideia de “saúde preventiva”. De outra banda, “outros agravos” significa a impossibilidade de tudo se prever em relação à saúde, o que reforça a ideia da excessiva contingência sanitária. A universalidade de acesso igualitário às ações e serviços de saúde é um direito que toda pessoa dispõe pelo simples fato de ser cidadão, respeitando-se sua autonomia individual de ser atendido fora do sistema do SUS caso essa seja a sua decisão. Tal direito se estende aos estrangeiros que vivem no país, uma vez que não há preconceito ou privilégio no atendimento, fazendo prevalecer o princípio da igualdade e fraternidade.

¹⁰⁶ AITH, Fernando. A saúde como um direito de todos e dever do Estado: o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário na efetivação do Direito à Saúde no Brasil. In: AITH, Fernando et al. (Org.). *Direito sanitário: saúde e direito, um diálogo possível*. Belo Horizonte: ESP-MG, 2010. p. 79.

¹⁰⁷ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 98.

Para Schwartz, essas ações e princípios previstos no art. 196 da Constituição Federal visam relativamente a promoção, proteção e recuperação da saúde¹⁰⁸:

1. *Promoção*. A Constituição estabelece aqui o vínculo entre qualidade de vida e saúde, pois essa promoção, por mais redundante que soe essa afirmação, visa a promover a saúde, entendendo-a não apenas como a cura e a prevenção de doenças, mas também o fato de ser um processo que se constrói e que se modifica, sofrendo influência de todos os demais sistemas sociais. Essa qualidade de vida possui uma série de direitos afins, e o art. 3º da Lei 8.080/90, apresenta alguns deles, sendo que o art. 225 da CF/88 positiva a qualidade de vida, ao mesmo tempo que a conecta com o meio ambiente.
2. *Proteção*. Claramente ligada a já mencionada ideia de uma atuação sanitária presente em um momento anterior ao da doença.
3. *Recuperação*. Onde novamente se posiciona a necessidade de, em caso de ocorrência de infortúnios na área da saúde, a mesma ser restabelecida mediante um processo 'curativo', ou seja, atuando em um momento posterior ao da ocorrência da enfermidade.

Analisando sob um prisma transdisciplinar, Teixeira Costa e Guilhem expõem um modelo de desenvolvimento das políticas de acesso à saúde baseado na intercomunicação das especialidades médicas com o universo externo da medicina, ultrapassando o modelo biomédico de proteção à saúde – caracterizado por relações hierárquicas e de poder entre profissionais e pacientes/clientes, paternalismo e enfoque excessivo na doença e não na pessoa – e adotando um modelo holístico, que prioriza a pessoa, sua rede de relações e suas potencialidades, considerando contextos social, econômico cultural e de saúde¹⁰⁹.

Essa transcomunicação científica entre a área medicina e os demais meios culturais e sociais teria como intuito atender os princípios preconizados pelo Sistema Único de Saúde, quais sejam: a universalidade, a integridade e a equidade, mediante a adoção de um novo modelo educativo inovador.

A constatação de que a saúde não pode ser conceituada como algo estático, estando em constante mutação e evolução, remete à aplicação da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. Tomando como base a necessidade de integração da saúde com os demais sistemas sociais, culturais, econômicos, dentre outros, pode-se

¹⁰⁸ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 98-9.

¹⁰⁹ COSTA, Luiza Aparecida Teixeira; GUILHEM, Dirce. Educação em saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: Cead/UNB, 2008. v. 4, p. 295-6.

concluir que suas influências, as quais, em um primeiro momento, podem ser imperceptíveis, fazem parte direta da essência de suas características.

Schwartz¹¹⁰, reconhecendo a relação umbilical entre a saúde e os demais sistemas sociais, ressalta que, a partir do momento em que o Estado assume o papel de destaque e referência no cenário da saúde, a vontade política condiciona a efetividade do conceito geral de saúde fixado de forma extensiva pela Organização Mundial de Saúde, ratificada pela Constituição de 1988. Segundo o autor, a restrição das verbas públicas condiciona a consecução do pretendido completo bem-estar físico, social e mental.

Assim, a saúde está de tal forma relacionada com os demais sistemas sociais que “un cambio en ese elemento afecta de algún modo a todo el sistema. Los cambios pueden ser imperceptibles pero definibles en la secuencia lógica que enlaza uno con otros”¹¹¹.

Sandra Vial e Ricardo Menna Barreto¹¹², embora sob o prisma da questão envolvendo o ciberespaço¹¹³, enfatizam a demanda da *desterritorialização* a partir de uma dialética e criativa contraposição à territorialização. O enfoque dado ao espaço virtual aplica-se de forma correlata ao tema, envolvendo o alastramento das doenças. A transdisciplinaridade exige do agente atuador no desenvolvimento das ações e políticas públicas de saúde, nesse caso o Estado, a observância de todos os sistemas envolvidos no cenário analisado. Para tanto, além da influência de outros sistemas, como a biologia, a medicina, a economia, dentre outros, a transcendência do espaço local é condição *sine qua non* para o sucesso pretendido.

A falta de um olhar transdisciplinar impossibilita um efetivo acesso à saúde e corrompe os subsistemas, gerando complexidade social e risco, aumentando, por conseguinte, a necessidade de decisões singulares acerca da matéria¹¹⁴ ao invés do enfrentamento do tema de forma universal e igualitária a todos os cidadãos¹¹⁵.

¹¹⁰ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 36.

¹¹¹ MORALES, Hernan Duran. *Aspectos conceptuales y operativos del proceso de planificación de la salud*. Santiago do Chile: Publicaciones de las Naciones Unidas, 1989. p. 218.

¹¹² VIAL, Sandra Regina Martini; BARRETO, Ricardo Menna. *Transdisciplinaridade, complexidade e pluralidade maquinística: aportes para pensar o ciberdireito*. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/2177-7055.2011v32n63p159/21061>>. Acesso em: 22.jul. 2013.

¹¹³ Na conjuntura analisada, entende-se como ciberespaço o “espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias de computadores”.

¹¹⁴ Juridicização da saúde.

¹¹⁵ WEBBER, Suelen; ROCHA, Leonel Severo. A efetivação do direito à saúde sob uma observação transdisciplinar. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 7, n. 12, p. 179, 2012.

O artigo 197 da Constituição Federal, como forma de socializar e possibilitar a divisão com terceiros das obrigações e responsabilidades para com o desenvolvimento das ações de saúde, proporcionou à iniciativa privada a execução dos serviços vinculados à área sanitária. Essa tentativa de repartir com as pessoas físicas e jurídicas de direito privado a responsabilização pelas ações e serviços de saúde segue uma tendência cada vez mais pragmática enfrentada pela doutrina administrativista contemporânea.

3.2 A Passagem do Estado Regulador para o Estado Fiscalizador

Ao virarmos a página do milênio, o conceito que procura sintetizar um dos “sinais dos tempos”, inscrito não no céu, mas na mundanidade do discurso público, é a fórmula “sociedade de risco”. Embora se possam encontrar precursores¹¹⁶, a difusão e, sobretudo, a sua densificação datam de uma importante obra de Ulrich Beck¹¹⁷ assim intitulada e que surgiu nos escaparates em 1986, o ano de Chernobyl¹¹⁸.

Com efeito, na síntese de Beck¹¹⁹, a sociedade mundial é aquela que produz num lugar, ao mesmo numa família ou biologia, a diversidade religiosa, cultural e política mundial, pelo que e este tipo de sociedade mais do que uma sociedade mundial (*Welt-Gesellschaft*) é uma “sociedade de mundos múltiplos” (*Multiple-Welten Gesellschaft*)¹²⁰.

Essa sociedade, caracterizada pelo risco ligado à explosão das ciências e das técnicas, interfere diretamente na forma de atuação do Estado perante seus administrados. No compasso do aumento das demandas sociais, em especial na seara da saúde, o poder público acaba tendo de aposentar a arcaica ideia de atuação conservadora e centralizadora. A complexidade crescente dos circuitos

¹¹⁶ KLEINDIEK, Ralf. *Wissenschaft Und Freiheit in Der Risikogesellschaft: Eine Grundrechtsdogmatische Untersuchung Zum Normbereich*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 27.

¹¹⁷ BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. aut dem weg in eine andere moderne*, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1986 Trad. Cast.: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona/Buenos Aires/México, 1998.

¹¹⁸ LOUREIRO, João. Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência – algumas questões juspublicistas. *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, Coimbra, v. 61, p. 803-4, 2000.

¹¹⁹ BECK, Ulrich. *Perspektiven der Weltgesellschaft* Frankfurt, 1998, p.7.

¹²⁰ LOUREIRO, João. Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência – algumas questões juspublicistas. *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, Coimbra, v. 61, p. 816, 2000.

econômicos, as mutações tecnológicas, a sofisticação dos produtos financeiros, a globalização das trocas e, principalmente, a pressão e o poderio dos blocos econômicos, que se reforçam em virtude da globalização, impõem que o Estado atue em parceria com a iniciativa privada, mantendo, todavia, o poder de intervenção e fiscalização nas atividades econômicas. O mesmo se aplica à questão envolvendo o desenvolvimento das ações de saúde.

A impossibilidade de conhecimento integral do sistema de saúde decorre do fato do sistema encontrar-se sempre aberto a novas inserções de conhecimento e influências externas das mais diversas naturezas. Assim, tratando-se de saúde, o risco será uma constante arraigada no DNA do plano sanitário, afastando a certeza sobre qualquer ato decisório relativo ao seu futuro¹²¹.

O constituinte brasileiro, sabedor dessa tendência cada vez mais consolidada, tratou de inserir no art. 197 do texto constitucional esse direito de participação da iniciativa privada nas ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. Esse molde adotado pelo direito brasileiro vai ao encontro do que prega Chevalier quando referenda a tendência internacional de repassar a terceiros privados as funções que antes eram inerentes exclusivamente aos órgãos estatais, estabelecendo uma figura denominada pelo autor de Estado Policêntrico¹²²:

A ordem burocrática, fundada sobre a hierarquização, é desestabilizada pela proliferação de estruturas de um novo tipo, colocadas fora do aparelho de gestão clássico e escapando ao poder de hierarquia. Vê-se delinear um novo princípio de organização do aparelho do Estado, congruente com a ideia da pós-modernidade: enquanto o modelo burocrático é do tipo “arborescente” (ele comporta um princípio de unidade, raízes, um centro), a existência de entidades autônomas evoca muito mais a imagem do “rizoma” (que não apresenta uma estrutura estável mas se desenvolve a partir das conexões livres estabelecidas entre os seus elementos constitutivos); dispendo de uma capacidade de ação autônoma, essas entidades são religadas umas às outras, não mais por liames verticais de subordinação, mas por relações horizontais de interdependência. A figura pós-moderna da *rede* tende a partir daí a se substituir àquela da pirâmide.

¹²¹ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 38.

¹²² CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 99.

A reconhecida dificuldade enfrentada pelo poder público no que tange à disponibilização efetiva e satisfatória de um sistema de saúde que atenda aos anseios sociais e garanta tratamentos condizentes com a necessidade da população desvela a necessidade de readequação do sistema frente aos incipientes e constantes avanços sociais decorrentes de uma sociedade cada vez mais informatizada e globalizada.

A burocratização do atual sistema de saúde, além de travancar a evolução das políticas e ações de saúde, coloca em risco a vida de pacientes e acaba por tornar questionável a eficiência e a eficácia dos serviços desempenhados. A dificuldade do sistema público de saúde acompanhar o progresso da ciência ganha destaque quando se traz à tona a problemática envolvendo a burocrática e demorada inserção dos novos fármacos e técnicas procedimentais no sistema de registro da ANVISA. O atraso e o descompasso entre o reconhecimento pelo poder público dos novos tratamentos e de novos fármacos existentes no mercado evidencia a necessidade de configuração de um sistema de saúde permeável e maleável, que, ao mesmo tempo, possa absorver as inovações tecnológicas advindas da medicina moderna, adaptar-se a elas e proteger o erário público dos eventuais desvios de condutas dos gestores públicos.

Isso porque não se pode esquecer o sério problema de corrupção e desvio de verbas públicas que seriam destinadas ao desenvolvimento das ações e programas de saúde e são, invariavelmente, canalizadas para atender interesses diversos e particulares. Este contraponto antagônico entre a necessidade de proporcionar um atendimento ágil e eficaz aos cidadãos frente à dinâmica dos avanços da medicina e a obrigação de preservar o patrimônio público aplicado no desenvolvimento das políticas públicas impõe ao setor público um desafio de procurar alternativas no atual sistema normativo capazes de atenderem às necessidades apresentadas. Nessa seara, dois aspectos aparecem como alternativas aos desafios impostos, quais sejam: a adoção das denominadas parcerias público-privadas e o incentivo à participação popular como forma de exercer um controle social das práticas voltadas ao desenvolvimento das políticas sanitárias.

3.3 O Acesso à Saúde e a Atuação da Iniciativa Privada

Visando a criação de um Sistema Único de Saúde financiado e gerido pelo poder público, os movimentos sociais pós-ditadura militar, principalmente o Movimento pela reforma sanitária, Movimento pelo acesso à justiça, Movimento do direito alternativo, Movimento do direito achado na rua, difundidos principalmente no final da década de 70 e durante a década de 80, tiveram como desafios o enfrentamento dos embriões de experiências de descentralização da saúde e de novas modalidades de repasses de recursos entre os entes federados para financiamento do sistema da saúde.

Alheio ao ideal de atuação exclusiva do poder público nas ações e programas de saúde pregados por tais movimentos sociais, o texto constitucional tratou de possibilitar à iniciativa privada o direito de participar de forma complementar da atuação nas ações e serviços de saúde, fazendo prevalecer prática usualmente adotada pelo direito sanitário brasileiro.

Reconhecendo uma tendência mundial de descentralização do poder de difusão dos serviços essenciais e ratificando-a, a Constituição buscou, de forma integrada, realizar a desejada reforma sanitária e cumprir com os preceitos intrínsecos ao Estado Social. Para tanto, tratou de possibilitar aos governantes soluções junto ao setor privado para atendimento dos anseios sociais. Nesses acordos políticos, a liberdade da iniciativa privada foi inserida na Constituição tanto quanto a supressão da expressão “são de natureza pública as ações e serviços de saúde”, que passaram para “são de relevância pública as ações e serviços de saúde”.

Com relação à liberdade da iniciativa privada para atuar na saúde, é relevante destacar o disposto no art. 199: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Ao passo que a iniciativa privada somente pode atuar na saúde em áreas definidas como de assistência à saúde, a definição de assistência à saúde passa a ter fundamental importância.

Nesse ponto, deve-se, no âmbito do SUS, fazer considerações sobre o que seja assistência à saúde. Assistência à saúde, no entendimento de Lenir

Santos¹²³, são as ações e os serviços que se voltam para a assistência direta ao cidadão, usuário dos serviços de saúde. Para ela, não se pode considerar nesse termo “assistência à saúde” as demais ações e serviços que competem ao Poder Público no âmbito do SUS, como o planejamento, regulamentação, fiscalização, controle, monitoramento, avaliação, execução do fundo de saúde, elaboração do plano de saúde, definição das políticas de saúde em comum acordo com os Conselhos de Saúde, poder de polícia sanitária, ações das vigilâncias em saúde, entre outras.

O direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal tem ampla e geral concepção, uma vez que a sua dicção considera o direito à saúde como resultante não apenas da garantia do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, mas também de políticas sociais e econômicas que evitem o risco do agravo à saúde das pessoas. Assim, saúde engloba tanto os fatores que a determinam e condicionam (qualidade de vida), quanto a garantia de serviços públicos para sua proteção, promoção e recuperação, que estão sob a competência do Sistema Único de Saúde¹²⁴.

Segundo Schwartz, tanto a rede pública de saúde quanto a rede privada (por contratação ou convênio) formam uma rede regional (para que sejam respeitadas as particularidades locais) e hierárquica, que devem estrita observância aos princípios do SUS (integralidade, igualdade e participação da comunidade), consolidando um Sistema Único de Saúde¹²⁵.

Seguindo a premissa estabelecida pelo texto constitucional, a participação complementar do setor privado no SUS somente pode se dar no campo em que a iniciativa privada pode atuar, ou seja, na assistência à saúde. A atuação fora desse campo será de competência privativa do Poder Público, não podendo, sob pena de ferir o ordenamento constitucional, permitir que o setor privado venha a interferir na gestão pública da saúde nos seus amplos termos, conforme já aconteceu em certas situações em que se pretendeu, mediante convênio ou contrato, passar a gestão pública da saúde para o setor privado.

¹²³ SANTOS, Lenir. *A saúde e a liberdade da iniciativa privada prevista na Constituição da República*. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2012/12/21/a-saude-e-a-liberdade-da-iniciativa-privada-prevista-na-constituicao-da-republica/>>. Acesso em 19 jun. 2013.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 102.

No Estado do Rio Grande do Sul, o Ministério Público, difundindo a atuação iniciada na circunscrição de Caxias do Sul, passou a ingressar com Ação Civil Pública contra entes públicos, em especial os Municípios, que, em conjunção de esforços com instituições privadas, buscassem, através de convênios, viabilizar a execução das políticas públicas de saúde. Sob a tese de que a atividade deveria ser desenvolvida de forma direta pelo Poder Público, almejava o ente ministerial que fosse declarada a nulidade dos atos de contratação indireta do município com fundação hospitalar local, determinando à municipalidade que procedesse a abertura de concurso público para preenchimento dos cargos e funções dos profissionais da áreas da saúde, a saber: médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem, dentistas, psicólogos, dentre outros.

Tal pretensão, indo de encontro à contemporânea tendência de descentralizar as ações públicas de atendimentos aos serviços essenciais como forma de buscar uma maior efetividade, além de retroceder os avanços sociais, colocaria em colapso o atual sistema de saúde, que tangencia cada vez mais sua atuação junto ao setor privado, valendo-se das soluções e da desburocratização que assola e retarda a atuação pública.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgando a Ação Civil Pública movida contra o Município de Rolante, que tinha como pretensão a anulação dos convênios firmados com a fundação hospitalar local para desenvolvimento dos programas de saúde, reconheceu a importância da participação de entidades privadas no desempenho da assistência à saúde. Reformando decisão singular que ordenou a rescisão dos convênios com as entidades privadas, a decisão do Tribunal de Justiça gaúcho sedimentou entendimento acerca do caráter de complementaridade que a iniciativa privada exerce no desenvolvimento do assistencialismo à saúde:

Trata-se de atividade de Estado, isto é, típica dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, portanto, indelegáveis?
Não, evidentemente. Bem ao contrário, a Constituição Federal prevê a participação de entidades privadas. E, convenhamos, ninguém, de sã consciência, pode imaginar a assistência à saúde – que é direito do cidadão e dever da União, dos Estados, do DF e

dos Municípios (CF, art. 196) – sem a participação das entidades privadas.¹²⁶

À exceção dos agentes comunitários de saúde, que possuem regramento específico delineado pela Lei 11.350/2006, é facultado ao Poder Público a adoção de políticas que visem a execução da assistência à saúde através de participação da iniciativa privada. No entanto, cabe ressaltar que a atuação das pessoas jurídicas privadas, sejam elas com ou sem fins lucrativos, tem cunho meramente complementar, uma vez que recai sobre o Estado o desenvolvimento e delineamento das diretrizes sanitárias a serem aplicadas nacionalmente.

Em seu voto, acolhido à unanimidade, o desembargador relator Irineu Mariani fez importante menção ao disposto no art. 199 da Constituição Federal e ao art. 26 da Lei 8.080/90, os quais estabelecem, nos serviços de assistência à saúde, a possibilidade de participação de instituições privadas, mediante contrato, com preferência para as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Reconhecendo o disposto no § 2º do art. 4º da Lei 8.080/90, as parcerias público-privadas surgem como alternativas complementares para a melhoria de ações e serviços de saúde desenvolvidos pelo Sistema Único de Saúde.

No entanto, apesar da existência de previsão de atuação privada na área de assistência à saúde, esta não pode usurpar a função que lhe foi concebida, devendo

¹²⁶ BRASIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO. SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. CONVÊNIOS COM FUNDAÇÃO HOSPITALAR LOCAL. LEIS AUTORIZATIVAS. 1. Executivo Municipal autorizado, mediante leis, a celebrar convênios com Fundação Hospitalar local envolvendo as seguintes Programas na área de assistência à saúde: (a) Programa Agentes Comunitários de Saúde – PACS; (b) Programa Saúde da Família – PSF; (c) Equipe de Saúde Bucal – ESB; (d) Centro de Atendimento Psicossocial – CAPS; (e) Serviços de Anestesia, Cirurgia, Ginecologia e Obstetrícia; e (f) Plantão Médico 24 Horas. 2. Os serviços de assistência à saúde (CF, art. 196) não são atividades *de Estado*, isto é, típicas dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo; logo, não só podem ser delegados, como essa possibilidade está prevista, de modo expresse, no § 1º do art. 199 da CF, podendo ocorrer mediante contrato ou convênio, bem assim no art. 25 da Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde). Cabe tão-só excepcionar quanto aos Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate a Endemias, em relação aos quais a Constituição exige sejam prestados diretamente pela Administração, com recrutamento de pessoal mediante *processo seletivo público*, o que determina a criação de cargos (CF, art. 198, §§ 4º, 5º e 6º, acrescidos pela EC 51/06, e art. 2º da EC 51). Assim, no que tange aos Agentes de Saúde e de Combate a Endemias, descabe celebrar contrato ou convênio. 3. Considerando que a Constituição *não obriga*, mas *faculta* aos Estados, DF Municípios a contratação de agentes de saúde e de combate às endemias, descabe o Judiciário emitir ordem no sentido de que seja aberto concurso para tal fim. 4. O art. 14 da Lei 11.350/06, que vem a ser a lei referida no § 5º do art. 198 da CF, não contraria o art. 37, II, da CF, pois está conforme o § 4º do art. 198, significando isso dizer que, ao provimento dos cargos de agentes de saúde e de combate às endemias, basta o *processo seletivo público*, isto é, constitui exceção à regra do concurso público de provas ou de provas e títulos. 5. Apelação provida em parte. Apelação Reexame Necessário. Relator(a): Des. IRINEU MARIANI, julgado em 28 jul. 2010. DJ 31 ago. 2010. Publicado em 01 set. 2010.

a sua atuação ser restrita aos permissivos legais. Qualquer tentativa tendente a transferir para o setor privado a gestão da saúde, seja parcial ou total, é inconstitucional e necessitará de ação da sociedade ou do Ministério Público para coibi-la.

O Estado deve agir como agente deliberativo e fiscalizador, função que Chevalier enfatizou como uma forma de governo que vem comumente sendo adotada por países europeus, instigando a iniciativa privada a auxiliar no desenvolvimento das políticas sociais, antes atividades exclusivas do poder estatal. Todavia, o processo de fiscalização deve ser revisado e estar em constante aprimoramento, de acordo com a necessidade e a evolução das técnicas de controle, em especial com relação aos avanços tecnológicos.

A criação de organismos especializados, com autonomia para gerir e fiscalizar a atuação em determinados meios de intervenção na saúde, propicia ao Estado flexibilizar a barreira entre o público e o privado, criando centros de gestão autônomos sob a dependência do Estado e submetidos a seu controle.

A representação do Estado como uma máquina, formada de engrenagens interdependentes e solidárias, não coincide mais com a realidade. Um processo de fragmentação se produz, sob efeito da dinâmica centrífuga: enquanto que a autonomia das estruturas personalizadas é reforçada (agências), e uma política de responsabilização dos serviços gestores tende a estender a sua capacidade de iniciativa, gestores privados se veem cada vez mais responsáveis pela complementação dos serviços estatais¹²⁷.

Seguindo essa premissa, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – detém um papel de crescente relevância na atuação como entidade administrativa independente, responsável pela regulação, normatização, controle e fiscalização de atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Conforme dispõe o Decreto 3.327, de 05 de janeiro de 2000¹²⁸, incumbe à ANS promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

¹²⁷ CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 108.

¹²⁸ BRASIL. Decreto 3.327, de 5 de janeiro de 2000. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 06 jan. 2000.

Comparando os sistemas de saúde com outros países desenvolvidos, pode-se constatar que as dificuldades no enfrentamento das questões envolvendo o acesso à saúde pública não são exclusivas do Brasil. No entanto, a adoção de uma política de regulamentação excessiva da saúde suplementar não irá melhorar o setor público. É evidente que a saúde suplementar no Brasil, assim como em todo o mundo, tem um papel fundamental a cumprir na questão da saúde em geral. Sem a participação da iniciativa privada, o Estado dificilmente suportará o atendimento às populações mais carentes e os pesados investimentos que precisam ser feitos numa medicina cada vez mais sofisticada. A convivência é possível e desejável, como acontece em tantos países. Cabe à sociedade buscar o caminho dessa convivência em benefício de todos.

3.4 A Descentralização da Saúde e a Lei 8.080/90

A Lei 8.080/90, ao reconhecer a saúde como um direito fundamental do ser humano, ratificou o anseio da sociedade que havia sido consubstanciado no texto da Constituição Federal, fruto de diversas lutas e movimentos sociais difundidos principalmente nos anos 80. Ao Estado, restou o desafio de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. É justamente neste plano que as contradições ideológicas ganham ênfase. O dever do Estado consiste na formulação e na execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução dos riscos de doenças e de outros agravos e ao estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

No entanto, a Lei não eximiu as pessoas, as famílias, as empresas e a sociedade em geral de cumprir a sua função solidária na execução das políticas que visem assegurar o direito universal à saúde.

Com o objetivo de aproximar as atuações do Estado das reais e pontuais necessidades dos cidadãos, a legislação tratou de prever a descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo (com ênfase na descentralização dos serviços para os municípios e na regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde). Devido ao extenso território nacional e às peculiaridades de cada região, uma atuação que busque averiguar as reais carências e necessidades de cada região diminui o risco de investimentos

equivocados em determinadas ações e propicia a criação de programas para atendimento específico das demandas de saúde necessárias para públicos-alvo diferentes. A repartição da responsabilidade sobre a saúde entre os entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) também ocorre no SUS, na medida em que cada ente federado possui os órgãos, instrumentos e poderes para realização de suas ações.

A direção nacional do Sistema Único de Saúde se concentra no Ministério da Saúde, cujas atribuições encontram-se elencadas no art. 16 da Lei 8.080/90. Dentre elas, destaca-se a participação na formulação e implementação das políticas públicas de saúde e a promoção da descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal.

Aos Estados, por sua vez, cabe a promoção da descentralização dos serviços e ações de saúde aos Municípios, nos termos do art. 17 da Lei 8.080/90, cabendo à respectiva Secretaria de Saúde a adoção do planejamento do sistema sanitário. No Estado do Rio Grande do Sul, por força do art. 241, *caput*, da Constituição Estadual, o Estado não decidirá mais sobre as ações de planejamento, passando a colaborar técnica e financeiramente com os Municípios¹²⁹.

A Lei proporcionou aos Municípios a criação de consórcios administrativos intermunicipais, com o intuito de fortalecer as atuações de saúde e unificar forças na busca de soluções dos conflitos e desafios comuns e setoriais enfrentados por Municípios de determinadas regiões. Mediante articulações com a direção estadual, restou aos Municípios o planejamento, a programação e a organização da rede regionalizada e hierarquizada do SUS, em evidente conexão com princípio da descentralização previsto no art. 198, I, da Constituição Federal.

O constituinte, seguindo uma tendência difundida principalmente pelos países da Europa oriental, adotou uma postura de descentralização das ações na busca de uma maior integração com a sociedade segundo as suas necessidades e anseios. Na França, país que tradicionalmente cultivava uma política centralizadora, a consolidação da autonomia local foi marcada pela transposição da “Carta Europeia da Autonomia Local”, adotada em 15 de outubro de 1985, para o seu sistema legal,

¹²⁹ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 104.

através da edição de uma lei sancionada em 10 de julho de 2006. Tal regramento traz a definição de autonomia local como sendo:

o direito e a capacidade efetiva para as coletividades locais de ordenar e de gerir, dentro do quadro da lei, sob a sua própria responsabilidade e em proveito de suas populações, uma parte importante dos negócios públicos, postulando que o exercício das responsabilidades públicas deva 'incumbir, de preferência, às autoridades mais próximas dos cidadãos', ela implica que tais autoridades detenham competência 'plenas e integrais' e disponham de 'recursos próprios suficientes' para exercê-las¹³⁰.

A aproximação do administrador com o administrado possibilita uma maior intensificação do contato do centro com os principais problemas enfrentados pela periferia. Em um país de tamanhas desigualdades sociais, decorrentes de diversos aspectos que vão desde a colonização até as questões climáticas e culturais, a adoção de medidas lineares e igualitárias nas diversas regiões traduz-se em um equívoco e em um verdadeiro desperdício de verbas públicas.

À exceção de ações que visem proteger a nação de malefícios de grandeza universal, tais como nos últimos anos a difusão do vírus H1N1 (gripe A), a adoção de um Estado unitário descentralizado, mediante a realização de políticas regionalizadas, mostra-se um meio de conceder maior efetividade aos investimentos e ao desenvolvimento das ações e programas de saúde.

Sandra Vial¹³¹ ao tratar do direito à saúde sobre a ótica da metateoria do Direito Fraternal, fez menção às dificuldades enfrentadas pelas pessoas que vivem em Santana do Livramento, no estado do Rio Grande do Sul, cidade que faz fronteira com Rivera (Uruguai), expondo de forma translúcida os problemas enfrentados por determinadas regiões que jamais seriam vivenciados em outras localidades. A criação de regras próprias de convivência, e a maneira utilizada para lidar com questões específicas condizentes com a localização geográfica da cidade expõem a forma peculiar com que estes povos fronteiriços tratam de temas relacionados à efetivação do reconhecido direito à saúde.

¹³⁰ CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 104.

¹³¹ VIAL, Sandra Regina Martini. Direito à saúde na sociedade cosmopolita e suas implicações no processo de transformação social. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 260-278.

Na oportunidade, foi analisado o fechamento do único hospital da cidade, fato que expôs a sociedade ao enfrentamento de dilemas acerca da atuação de médicos uruguaiois em território brasileiro, externando questionamentos sobre a possibilidade de prevailecimento de uma ordem jurídica além ou acima do Estado. O Judiciário, reconhecendo a necessidade e a relevância da matéria, autorizou o trabalho de médicos uruguaiois na fronteira gaúcha.

O município de Sant’Ana do Livramento já havia passado por outra situação que colocou em risco o atendimento à saúde dos munícipes. No ano de 2006, a cidade vivenciou a falta de médicos em face de uma paralisação por greve, ficando a população desassistida de atendimento ginecológico-obstétrico, sendo que o hospital mais próximo localizava-se a cerca de 150km. O Poder Executivo local tratou de procurar alternativas para suprir a carência de atendimento, firmando *Acuerdo de asistencia gineco-obstétrica de emergência entre comisión de apoyo al hospital de Rivera, hospital santa casa de misericordia y secretaria de saúde de Livramento*¹³².

Os exemplos trazidos colocam em evidência a preocupação do atual sistema sanitário em possibilitar aos Municípios a busca por alternativas que viabilizem o desenvolvimento das ações e políticas públicas de saúde. A forma pontual com que cada cidade/região enfrenta os problemas cotidianos de saúde caracteriza o sistema descentralizado adotado pelo ordenamento legal vigente. Mesmo que esta *descentralização* traga uma certa “liberdade” aos Municípios, as pretensões, muitas vezes, esbarram em questões que fogem das suas alçadas.

Dando ênfase ao senso de fraternidade, que deve ponderar sobre as normas que veem o estrangeiro como um “estranho”, Vial¹³³ expôs a necessidade de aproximar as nações, resolver problemas, ultrapassar os limites de um direito positivista, buscar um direito achado na rua, construído a partir das necessidades de agrupamentos sociais cujas fronteiras podem ser um local de vida, de felicidade e de ousadia.

Uma questão muito discutida na atualidade refere-se à possibilidade/necessidade de utilização de mão-de-obra médica estrangeira no

¹³² VIAL, Sandra Regina Martini. Direito à saúde na sociedade cosmopolita e suas implicações no processo de transformação social. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 281.

¹³³ *Ibid.*, p. 281.

desenvolvimento das políticas públicas de saúde. O Governo Federal, através da Medida Provisória nº 621/2013, de 08 de julho de 2013¹³⁴, criou de forma emergencial o “Programa Mais Médicos”, como uma resposta imediata aos protestos difundidos por todo o país. Relegando a realidade do atual sistema de saúde, na qual profissionais de medicina são obrigados a atuar sem as mínimas condições para atendimento, desamparados de estrutura, equipamentos e medicamentos, tratou a questão da saúde de forma sumária, como se a problemática fosse resolvida com a importação de médicos. Assim, deixou de levar em consideração um universo composto por diversos profissionais da área da saúde (enfermeiros, psicólogos, fisioterapeutas, dentistas, fonoaudiólogos, dentre outros).

De um lado, encontram-se os opositores da ideia, liderados pelas entidades de defesa dos interesses médicos, Conselhos Federais e Regionais de Medicina, Sindicatos, Associações, dentre outros. Do outro lado, resta escancarada a necessidade de disponibilização de serviços médicos nas cidades do interior do país, onde sobram absurdas ofertas remuneratórias e falta estrutura para desenvolvimento dos trabalhos, o que, segundo a classe médica, afasta os possíveis candidatos. Diversas são as dificuldades e os desafios enfrentados pelo sistema sanitário brasileiro para atendimento dos direitos que foram reconhecidos de forma tão abrangente, universal e solidária pelo nosso ordenamento.

3.4.1 Os Atuais Desafios do Sistema de Saúde Brasileiro: debates sobre o déficit de mão de obra médica

Evidenciados pelo clamor social aflorado nos protestos que tiveram como mote inicial o aumento das tarifas de transporte público e alastraram-se por todo território nacional em reivindicações nas mais diversas áreas de atuação estatal, os problemas na área de saúde ganharam conotações de primeira ordem dentre as prioridades de investimentos do governo federal.

Como medida de imediata resposta aos anseios populares, o executivo federal, tendo como porta voz a própria Presidente da República¹³⁵, anunciou em

¹³⁴ BRASIL. Medida Provisória 621, de 08 de julho de 2013. Institui o Programa Mais Médicos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 09 jul. 2013.

¹³⁵ ROUSSEFF, Dilma. *Pronunciamento da Presidenta da República, Dilma Rousseff, em cadeia nacional de rádio e TV*. 21 jun. 2013. (09min58s) Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/imprensa/discursos/pronunciamento-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-em-cadeia-nacional-de-radio-e-tv>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

meio ao clamor social que, para aplacar o déficit de efetividade do sistema de saúde, autorizaria o ingresso imediato de profissionais médicos advindos de diversas nacionalidades. Para tanto, ante a alegada urgência, rechaçou a necessidade de realização do Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos expedidos por Instituição de Educação Superior Estrangeira (Revalida), instituído por meio da Portaria Interministerial nº 278, de 17/03/2011, nos termos do art. 48, § 2º, da Lei nº 9.394, de 1996. A aprovação no exame autoriza o exercício de atividades médicas no território nacional por profissionais graduados no estrangeiro.

No mesmo mote, comprometeu-se a aplicar uma parcela maior do orçamento em educação e saúde. Em uma clara intenção de abrandar os ânimos da sociedade que busca fazer cumprir os direitos de acesso à saúde reconhecidos pelo ordenamento e transcritos no texto constitucional, a alternativa utilizada pelo governo federal para melhoramento dos serviços públicos de saúde foi aumentar imediatamente o número de médicos para atuar em áreas de difícil acesso, as quais não são atendidas por expresse desinteresse dos profissionais médicos, motivados por vários aspectos, que vão desde a falta de infraestrutura até a incerteza de percepção de salários e continuidade na prestação dos serviços, em face da ausência de um plano de carreira nacional.

Iniciado em 2011, o projeto desenvolvido pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) em parceria com o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) busca reproduzir relatórios esporádicos acerca dos cenários e indicações da atuação médica no país. O último estudo, publicado em fevereiro de 2013, oferece dados e análises sobre o perfil dos profissionais médicos em atividade no país e se torna ferramenta importante para a identificação das razões pelas quais os serviços de saúde executados prioritariamente pela classe médica, não são disponibilizados em determinadas regiões do país ou, quando disponibilizados, o são em péssimas condições.

O estudo *Demografia Médica no Brasil – Volume II – Cenários e Indicadores de Distribuição*¹³⁶ traz informações inéditas que agregam elementos importantes ao debate sobre o tema nas esferas pública e privada da saúde. O projeto desenvolvido visa integrar a classe médica, os governos e a sociedade civil, desempenhando um

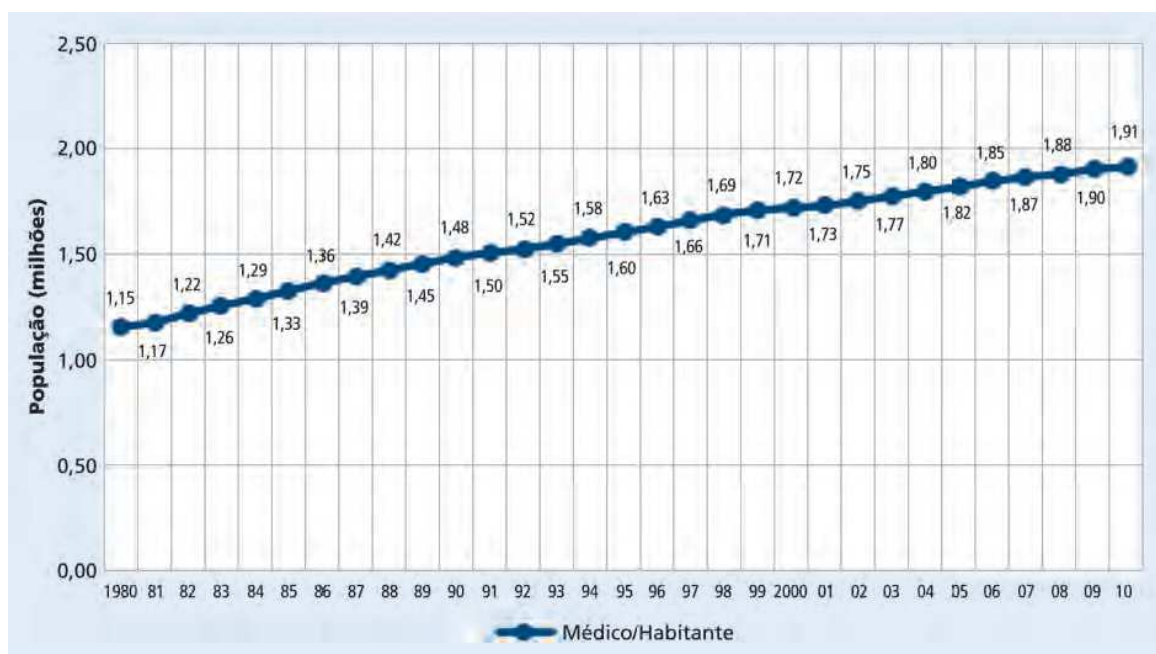
¹³⁶ SCHEFFER, Mário (Coord.). *Demografia médica no Brasil: cenários e indicadores de distribuição: relatório de pesquisa – fevereiro de 2013*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: Conselho Federal de Medicina, 2013. Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia MedicaBrasilVol2.pdf](http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia%20MedicaBrasilVol2.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2013.

papel ativo na defesa da saúde da população, indicando soluções definitivas e não demagógicas para o acesso de todos à assistência médica de qualidade. O enfrentamento das problemáticas e das precariedades existentes no nosso sistema sanitário passa, impreterivelmente, pelo conhecimento, identificação e prognósticos realizados através do mapeamento da realidade fática vivenciada pelo Estado no desenvolvimento das políticas públicas.

Não é só no Brasil que argumentos contraditórios se alternam no debate sobre a escassez e as disparidades regionais de concentração de médicos. Estão na agenda de vários sistemas nacionais de saúde iniciativas que visam aumentar ou diminuir o número de vagas e de cursos de medicina, assim como medidas indutoras de instalação de médicos nos denominados “vazios sanitários”.

Seguindo a meta nacional anunciada de 2,5 médicos por 1.000 habitantes, que, segundo o estudo demográfico apresentado pelo CFM e CREMESP já seria alcançada naturalmente em oito anos, sem novas intervenções, o país já atingiu 400 mil médicos e uma taxa de 2 médicos por 1.000 habitantes, conforme gráfico de evolução da razão médico /habitante entre 1980 e 2010:

Gráfico 1 - Evolução da razão médico/habitante entre 1980 e 2010 – Brasil, 2013

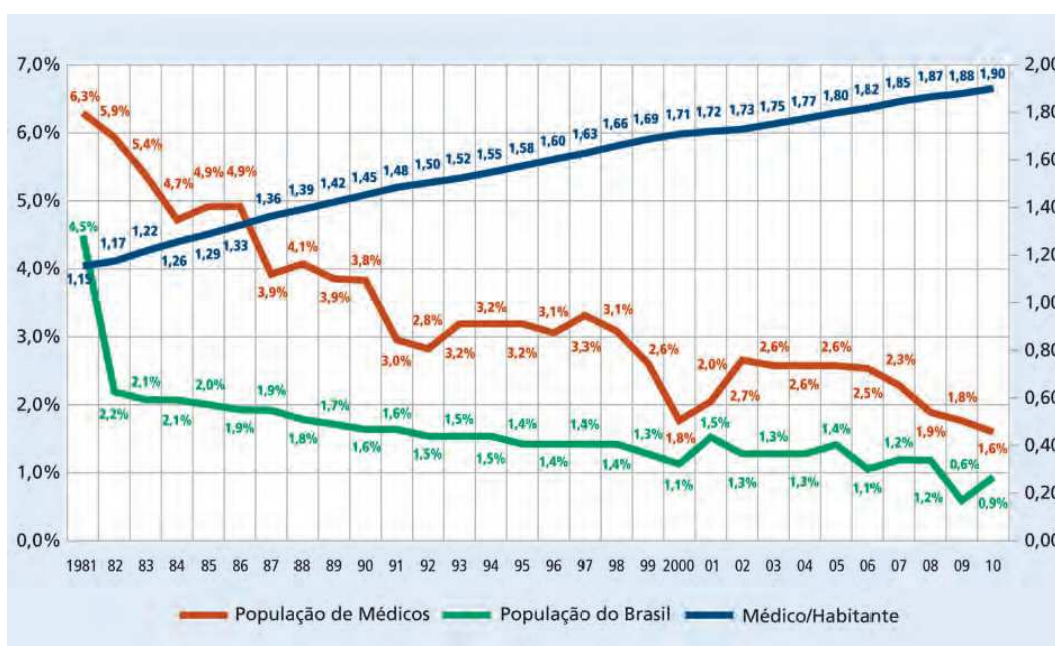


Fonte: Scheffer¹³⁷

¹³⁷ SCHEFFER, Mário (Coord.). *Demografia médica no Brasil: cenários e indicadores de distribuição: relatório de pesquisa – fevereiro de 2013*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: Conselho Federal de Medicina, 2013. p. 22. Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia MedicaBrasilVol2.pdf](http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia%20MedicaBrasilVol2.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2013.

O levantamento realizado pelo CREMESP, em comparação com os índices de pesquisa do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, revela que o crescimento da população brasileira é menor do que o aumento da população de médicos, o que, ao ver do Conselho, fragiliza a ideia de que o país não vem adotando medidas para suprir a necessidade de mão de obra médica qualificada.

Gráfico 2 - Evolução da taxa de crescimento da população brasileira, de número de médicos e da razão médico/habitante entre 1980 e 2010 – Brasil, 2013



Fonte: Scheffer¹³⁸

No entanto, o fato de aumentar o número de médicos, por si só, não indica como ocorrerá a diminuição das desigualdades de concentração de médicos entre regiões e municípios, entre serviços e entre os setores público e privado da saúde. Ou seja, a adoção da tática do “transbordamento” de profissionais não pode servir de azo para a venda da falsa ilusão de que a “sobra” irá povoar de médicos os locais atualmente desassistidos.

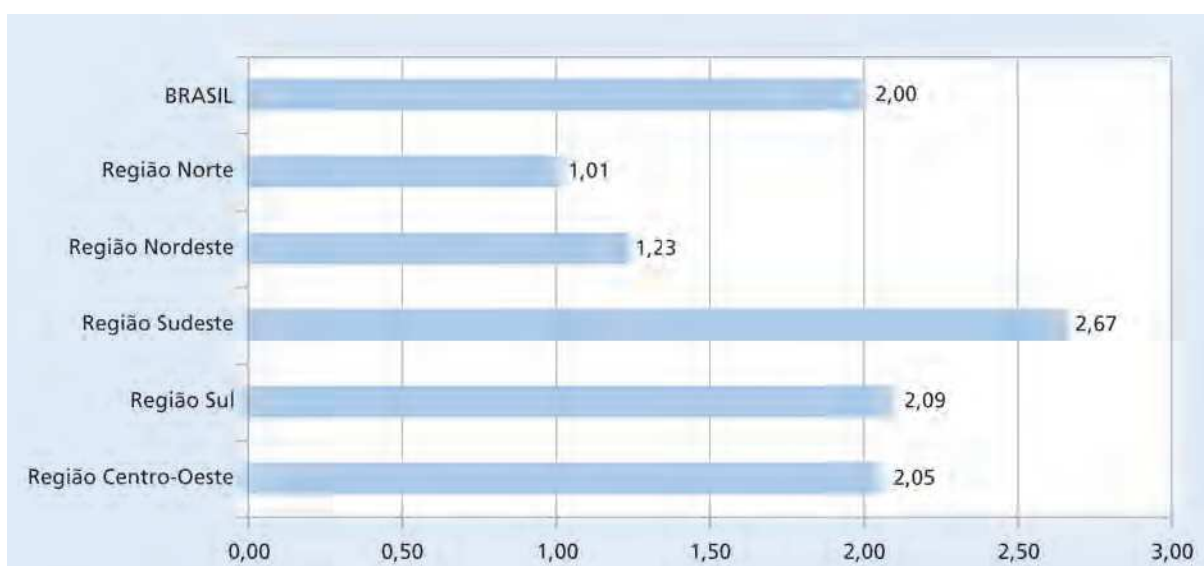
A breve revisão histórica sugere que o aumento persistente do efetivo médico, por si só, não beneficia de maneira homogênea todos os cidadãos

¹³⁸ SCHEFFER, Mário (Coord.). *Demografia médica no Brasil: cenários e indicadores de distribuição: relatório de pesquisa – fevereiro de 2013*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: Conselho Federal de Medicina, 2013. p. 22. Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia MedicaBrasilVol2.pdf](http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia%20MedicaBrasilVol2.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2013.

brasileiros, pois uma série de fatores conduz à heterogeneidade do fluxo de médicos no território nacional.

A distribuição de médicos no território nacional é pauta recorrente nos movimentos sociais difundidos em todo o país. Analisando os dados levantados pelo CREMESP, pode-se averiguar a dicotomia de atuação médica entre as grandes regiões do país. O levantamento foi realizado de acordo com os profissionais registrados no Conselho Federal de Medicina, levando em consideração a proporção para cada 1.000 habitantes.

Gráfico 3 - Distribuição de médicos registrados (CFM) por 1.000 habitantes, segundo Grandes Regiões – Brasil, 2013



Fonte: Scheffer¹³⁹

Duas das grandes regiões do país estão abaixo do índice nacional: a região Norte, com 1,01, e a Nordeste, onde há 1,2 médico por 1.000 habitantes. Na melhor posição está o Sudeste, com razão de 2,67, seguido pela região Sul, com 2,09, e o Centro-Oeste, com 2,05. A região Sudeste tem uma razão médico habitante duas vezes maior que a do Nordeste.

Quando a comparação é efetivada por Unidades da Federação a discrepância é ainda maior, enfatizando a problemática profundamente manifestada nos movimentos sociais. O Distrito Federal lidera o ranking, com uma razão de 4,09 médicos por 1.000 habitantes, seguido pelo Rio de Janeiro,

¹³⁹ SCHEFFER, Mário (Coord.). *Demografia médica no Brasil: cenários e indicadores de distribuição: relatório de pesquisa* – fevereiro de 2013. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: Conselho Federal de Medicina, 2013. p. 36. Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia MedicaBrasilVol2.pdf](http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia%20MedicaBrasilVol2.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2013.

com 3,62, e São Paulo, com razão de 2,64. Outros três estados têm índices superiores a 2,00 médicos por 1.000 habitantes: Rio Grande do Sul, Espírito Santo e Minas Gerais. Com razão inferior a 1,5 estão 16 estados, todos do Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Na ponta de baixo do ranking, com menos de 1 médico por 1.000 habitantes, estão Amapá (0,95), Pará (0,84) e Maranhão (0,71).

Tabela 1 - Distribuição de médicos registrados (CFM) por 1.000 habitantes, segundo Unidades da Federação - Brasil, 2013

UF/Brasil	Médico CFM*	População**	Razão***
Distrito Federal	10.826	2.648.532	4,09
Rio de Janeiro	58.782	16.231.365	3,62
São Paulo	110.473	41.901.219	2,64
Rio Grande do Sul	25.541	10.770.603	2,37
Espírito Santo	7.780	3.578.067	2,17
Minas Gerais	40.425	19.855.332	2,04
Brasil	388.015	193.867.971	2,00
Santa Catarina	12.497	6.316.906	1,98
Paraná	19.813	10.577.755	1,87
Goiás	10.651	6.154.996	1,73
Mato Grosso do Sul	4.238	2.505.088	1,69
Pernambuco	13.994	8.931.028	1,57
Rio Grande do Norte	4.604	3.228.198	1,43
Sergipe	3.013	2.118.867	1,42
Paraná	5.259	3.815.171	1,38
Roraima	646	469.524	1,38
Tocantins	1.928	1.417.694	1,36
Mato Grosso	3.919	3.115.336	1,26
Bahia	17.741	14.175.341	1,25
Alagoas	3.921	3.165.472	1,24
Rondônia	1.897	1.590.011	1,19
Ceará	9.953	8.606.005	1,16
Amazonas	4.016	3.590.985	1,12
Acre	819	758.786	1,08
Piauí	3.297	3.140.213	1,05
Amapá	667	698.602	0,95
Pará	6.565	7.792.561	0,84
Maranhão	4.750	6.714.314	0,71

Fonte: Scheffer¹⁴⁰

Nota: * Médicos registrados no Conselho Federal de Medicina: endereço informado ao CRM (CFM, 2012);

** População geral (IBGE, 2010);

*** Razão médico registrado/1.000 habitantes.

¹⁴⁰ SCHEFFER, Mário (Coord.). *Demografia médica no Brasil: cenários e indicadores de distribuição: relatório de pesquisa – fevereiro de 2013*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: Conselho Federal de Medicina, 2013. p. 37. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia_Medica_Brasil_Vol2.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2013.

Embora os números do total do estado (país) sejam inflados pelos das capitais, a divisão entre sede do estado e conjunto do território expõe diferenças gritantes. Os grandes centros atraem mais profissionais. Ao cotejar-se o número de concentração de médicos por capitais, a problemática fica mais evidenciada, expondo a falta de profissionais em cidades do interior.

Todavia, o estudo ressalta a dificuldade metodológica no uso da taxa médico/habitante, já que o profissional pode residir em um município e trabalhar em outro, ou atender em duas ou três localidades. As capitais que integram regiões metropolitanas vivem situação semelhante, com médicos trabalhando e residindo em cidades vizinhas – geralmente morando na capital e atendendo nos municípios da região metropolitana.

Nove capitais têm mais de cinco médicos por 1.000 habitantes, razão acima da média dos países ricos da União Europeia. Seis delas têm razão superior a seis, ultrapassando Grécia, Cuba e os países escandinavos, que registram os índices mais elevados.

Mostrando uma pequena discrepância com relação ao estudo demográfico realizado pela CREMESP e CFM, a Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgou em maio de 2013 que há 17,6 médicos no Brasil para cada 10 mil pessoas. A taxa é um pouco inferior à média aferida pelo estudo dos Conselhos de Medicina, mas denuncia que o índice segue abaixo do restante dos países emergentes, que é de 17,8, e inferior à média das Américas, equivalente a mais de 20¹⁴¹.

Entretanto, é a comparação com os países ricos, principalmente da Europa, que revela a disparidade entre a situação no Brasil e nas economias desenvolvidas. Em geral, existem duas vezes mais médicos na Europa que no Brasil - 33,3 a cada 10 mil habitantes. São 48 médicos na Áustria a cada 10 mil cidadãos, contra 40 na Suíça, 37 na Bélgica, 34 na Dinamarca, 33 na França, 36 na Alemanha e 38 na Itália¹⁴².

Com relação às dicotomias existentes dentre as regiões do nosso país, outro aspecto que chama a atenção no estudo realizado pelo CREMESP e CFM são as desigualdades existentes entre a capital e o conjunto do Estado. Vitória, por exemplo, tem 11,61, a maior concentração nacional de médicos por 1.000. Quando

¹⁴¹ OMS alerta para o baixo número de médicos no Brasil. 20 maio 2013. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2013-05-20/oms-alerta-para-o-baixo-numero-de-medicos-no-brasil.html>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

¹⁴² *Ibid.*

se olha o estado como um todo, Espírito Santo tem razão de 2,17 – e teria muito menos se nesse total não estivessem contados os médicos da capital.

Mesmo os estados mais pobres, com menor número de médicos, concentram seus profissionais na capital. Macapá, a capital com menor taxa, 1,38, tem 0,95 médico por 1.000 moradores no conjunto de todo o estado do Amapá. Algumas capitais do Nordeste concentram grande número de médicos, como Recife, razão de 6,27, João Pessoa, 5,22, e Aracaju, 4,95. Essas cidades têm mais médicos por habitante que a capital São Paulo, enquanto seus estados têm números bem inferiores à média do país: Pernambuco conta com 1,57 médico por 1.000 habitantes, Paraíba, com 1,38 e Sergipe, com razão de 1,42.

Tabela 2 - Distribuição de médicos registrados (CFM) por 1.000 habitantes, segundo capitais – Brasil, 2013

Capital	Médico CFM*	População**	Razão***
Vitória	3.838	330.526	11,61
Porto Alegre	12.335	1.413.094	8,73
Florianópolis	3.299	427.298	7,72
Belo Horizonte	15.762	2.385.639	6,61
Recife	9.702	1.546.516	6,27
Rio de Janeiro	39.258	6.355.949	6,18
Curitiba	10.073	1.764.540	5,71
Goiânia	7.141	1.318.148	5,42
João Pessoa	3.828	733.154	5,22
Aracaju	2.867	579.563	4,95
São Paulo	50.740	11.316.149	4,48
Natal	3.411	810.780	4,21
Salvador	10.761	2.693.605	4,00
Maceió	3.690	943.109	3,91
Teresina	3.162	822.363	3,85
Cuiabá	2.001	556.298	3,60
Belém	4.828	1.402.056	3,44
Fortaleza	7.821	2.476.589	3,16
Campo Grande	2.504	796.252	3,14
Palmas	679	235.315	2,89
São Luís	2.964	1.027.429	2,88
Brasília	6.588	2.609.997	2,52
Porto Velho	1.028	435.732	2,36
Boa Vista	596	290.741	2,05
Manaus	3.739	1.832.423	2,04
Rio Branco	655	342.298	1,91
Macapá	562	407.023	1,38

Fonte: Scheffer¹⁴³

Quando se excluem os médicos das capitais, vê-se que o interior está muito aquém. Segundo dados do CREMESP, o estado de Pernambuco, para citar apenas

¹⁴³ SCHEFFER, Mário (Coord.). *Demografia médica no Brasil: cenários e indicadores de distribuição: relatório de pesquisa – fevereiro de 2013*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: Conselho Federal de Medicina, 2013. p. 38. Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia MedicaBrasilVol2.pdf](http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia%20MedicaBrasilVol2.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2013.

um dos mais importantes do Nordeste, tem 7.385.512 moradores nos municípios do interior assistidos por 4.292 médicos. A razão médico habitante nessas áreas é de 0,58, índice quase quatro vezes menor que a média do país e semelhante à de países africanos. Os moradores da capital Recife contam com dez vezes mais médicos que seus conterrâneos do interior.

Regiões economicamente menos desenvolvidas, e interiores de estados com grandes territórios e zonas rurais extensas têm, sabidamente, maior dificuldade para fixar e atrair profissionais médicos. A relação médico habitante por estado ou região é insuficiente para caracterizar a penúria de municípios longínquos, de difícil acesso, com carência severa de profissionais e, portanto, sem assistência médica permanente.

É o caso, por exemplo, da chamada Amazônia Legal, que engloba trechos de vários estados brasileiros – Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins e Maranhão. Nessas áreas, a falta de médicos em muitas localidades tem relação com os péssimos indicadores sociais (Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, renda, escolaridade, saneamento, etc), baixa capacidade instalada de serviços de saúde, densidade populacional, extensão territorial e distância de centros urbanos, com conseqüente ausência de meios de transporte, deslocamentos difíceis, com distâncias muitas vezes contadas em horas ou dias, e poucos meios de comunicação.

Outro aspecto relevante que se faz necessário trazer à tona diz respeito à atuação dos médicos e sua propensão de continuarem a exercer seu trabalho nos locais onde nasceram ou onde se graduaram. Segundo levantamento do CREMESP, que teve como amostragem dados extraídos entre os anos de 2000 e 2009, um total de 89.886 médicos fez seu primeiro registro no Conselho Federal de Medicina.

O estudo do CFM/CREMESP identificou o local de nascimento de 85.117 médicos ativos e inativos com registro entre 2000 e 2009, descontados aqui aqueles sobre os quais não havia informações¹⁴⁴.

¹⁴⁴ O percentual de “missing data” no item sobre município de naturalidade – ou local de nascimento – foi de 4.769, ou 5,30% do total dessa coorte. No quesito município de graduação, a ausência foi de 3.847, ou 4,30%. Quanto ao município de correspondência, onde estão morando e/ou atuando os profissionais, faltaram 2.719 registros, o equivalente a 3,02%.

Entre os médicos com primeiro registro ativo e que integram a coorte 2000 e 2009¹⁴⁵, o estudo identificou 51.440 profissionais que se graduaram em locais diferentes das cidades onde nasceram. Desse total, 19.561 médicos – o correspondente a 38,03% – retornaram ao município de onde saíram. Outros 12.203 – ou 23,72% do grupo – estabeleceram-se na localidade onde se formaram. Os demais 19.676 – o equivalente a 38,25% – migraram para outra cidade, não retornando para o lugar onde nasceram, nem permanecendo no local onde fizeram a graduação.

Tabela 3 - Movimentação de médicos (coorte 1990 a 1999), segundo local de nascimento, graduação, domicílio ou trabalho – Brasil, 2013

Graduação em local diferente do nascimento	Frequência absoluta (n)	Frequência relativa (%)
Retornou ao município	19.561	38,03
Ficou onde se graduou	12.203	23,72
Migrou	19.676	38,25
Total	51.440	100,00
Graduação no local de nascimento		
Ficou onde se graduou	22.891	77,88
Migrou	6.501	22,12
Total	29.392	100,00

Fonte: Scheffer¹⁴⁶

Outro aspecto interessante guarda correlação com a quantidade de médicos que reside no interior dos estados. Do total de médicos do recorte realizado (2000 a 2009), a maioria deles, ou 59,36%, está atuando nas capitais, outros 40,64% estão no interior. Os estados com menor poder econômico, e conseqüentemente menor razão médico habitante, são os que mais concentram profissionais nas capitais. Dos

¹⁴⁵ As coortes referem grupos de indivíduos selecionados a partir de uma certa categoria de exposição, ou seja, que têm em comum um conjunto de características que é observada durante um período de tempo para apurar a frequência de determinada situação/desfecho. No estudo, existem dois tipos de coortes, a prospectiva, que consiste em um delineamento observacional longitudinal e prospectivo; e as coortes históricas, que são classicamente retrospectivas. O desfecho de interesse é a mudança entre local de naturalidade, o lugar de graduação e o endereço atual de domicílio ou trabalho. As unidades geográficas de análise são os municípios e estados brasileiros.

¹⁴⁶ SCHEFFER, Mário (Coord.). *Demografia médica no Brasil: cenários e indicadores de distribuição: relatório de pesquisa – fevereiro de 2013*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: Conselho Federal de Medicina, 2013. p. 76. Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia MedicaBrasilVol2.pdf](http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia%20MedicaBrasilVol2.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2013.

582 médicos do Amazonas, apenas 19 têm endereço de correspondência em cidades do interior. Dos 30 médicos desse recorte com registro no Amapá, todos estão na capital, ou têm seus endereços ali. Na outra ponta, 71,64% dos médicos catarinenses atuam ou residem em cidades do interior do estado.

Tabela 4 - Distribuição* de médicos (coorte 2000 a 2009), segundo local de domicílio ou trabalho – Brasil, 2013

UF	Interior	%	Capital	%	Total
Rondônia	29	39,73	44	60,27	73
Acre	58	32,58	120	67,42	178
Amazonas	19	3,26	563	96,74	582
Roraima	4	5,48	69	94,52	73
Pará	188	27,69	491	72,31	679
Amapá	0	0,00	30	100,00	30
Tocantins	102	73,38	37	26,62	139
Maranhão	107	26,62	295	73,38	402
Piauí	73	20,45	284	79,55	357
Ceará	276	20,46	1.073	79,54	1.349
Rio Grande do Norte	117	26,90	318	73,10	435
Paraíba	146	46,50	168	53,50	314
Pernambuco	360	20,00	1.440	80,00	1.800
Alagoas	41	15,24	228	84,76	269
Sergipe	17	5,86	273	94,14	290
Bahia	550	25,55	1.603	74,45	2.153
Minas Gerais	3.584	50,82	3.469	49,18	7.053
Espírito Santo	378	49,54	385	50,46	763
Rio de Janeiro	3.291	33,40	6.561	66,60	9.852
São Paulo	9.355	48,29	10.016	51,71	19.371
Paraná	1.216	41,21	1.735	58,79	2.951
Santa Catarina	955	71,64	378	28,36	1.333
Rio Grande do Sul	2.032	44,83	2.501	55,17	4.533
Mato Grosso do Sul	177	34,17	341	65,83	518
Mato Grosso	132	38,15	214	61,85	346
Goiás	265	20,93	1.001	79,07	1.266
Distrito Federal**	0	0,00	645	100,00	645
Brasil	23.472	40,64	34.282	59,36	57.754

Fonte: Scheffer¹⁴⁷

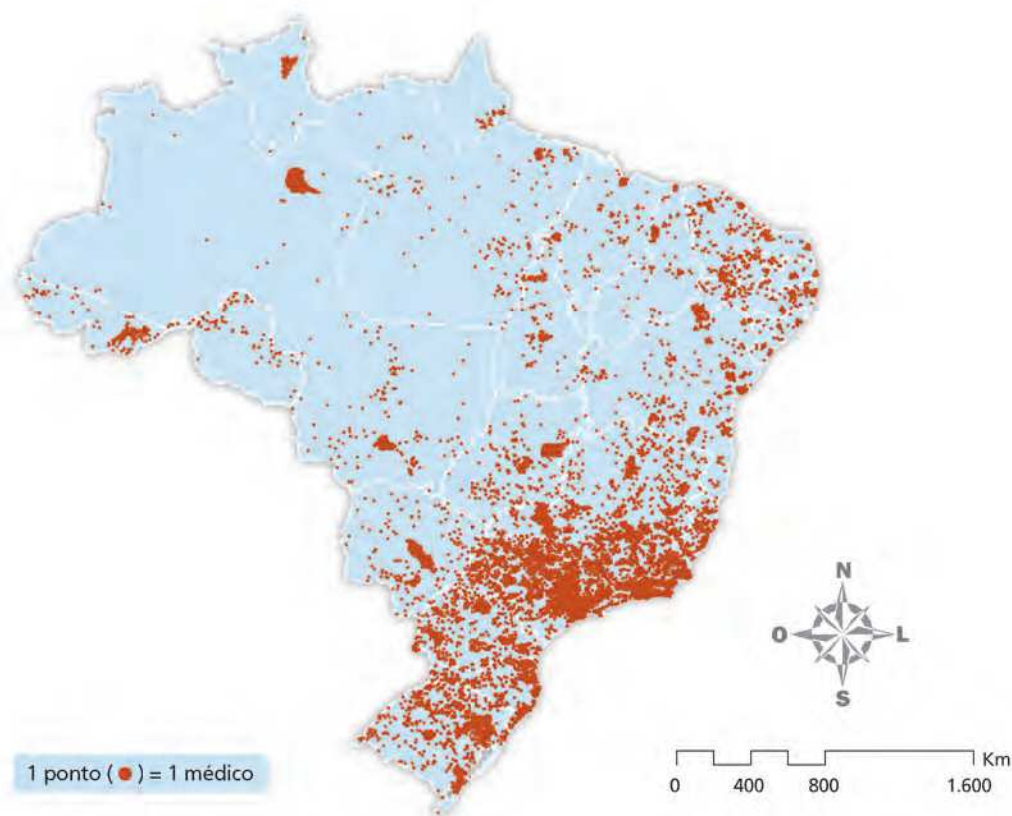
Nota: * Considera o primeiro registro dos médicos;

**O código de município inclui apenas Brasília.

¹⁴⁷ SCHEFFER, Mário (Coord.). *Demografia médica no Brasil: cenários e indicadores de distribuição: relatório de pesquisa – fevereiro de 2013*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: Conselho Federal de Medicina, 2013. p. 82. Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia MedicaBrasilVol2.pdf](http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia%20MedicaBrasilVol2.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2013.

Analisando os dados trazidos e inserindo-os no mapa do Brasil, tendo como base os profissionais em atividade, não o local onde nasceram, nem a escola onde se graduaram, o que se destaca são pontos sobre as capitais e as regiões mais ricas do interior do Sul e Sudeste, além do litoral do Nordeste.

Figura 1 - Distribuição de médicos (coorte 2000 a 2009), segundo local de domicílio ou trabalho – Brasil, 2013



Fonte: Scheffer¹⁴⁸

Embora alguns defendam a ideia de que a supressão do déficit de médicos se dá somente com a abertura de novas vagas nos cursos de medicina, o que se vislumbra no atual cenário institucional é outra realidade. A autorização de novos cursos e mais vagas de Medicina deve vir acompanhada de um aumento de qualidade da graduação e da disponibilização de novos cursos de residência – especialização médica. A criação de novos cursos e vagas, sem o devido

¹⁴⁸ SCHEFFER, Mário (Coord.). *Demografia médica no Brasil: cenários e indicadores de distribuição: relatório de pesquisa* – fevereiro de 2013. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: Conselho Federal de Medicina, 2013. p. 83. Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia MedicaBrasilVol2.pdf](http://www.cremesp.org.br/pdfs/Demografia%20MedicaBrasilVol2.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2013.

investimento em aperfeiçoamento dos profissionais de medicina, não solucionará o déficit de atendimento do Sistema Único de Saúde. Isso porquê, um médico, sem a devida capacitação especializada, servirá apenas na qualidade de prescriptor sintomático e antiparasitário, não suprimindo a demanda de saúde, na medida em que apenas encaminhará os pacientes aos grandes centros para tratamento especializado, aumentando a fila de espera por tais atendimentos. Isso sem falar na elevação do altíssimo custo de tratamentos e exames especializados desnecessários, fruto de encaminhamentos advindos de profissionais não qualificados.

Desde 2012, no estado de São Paulo, para obtenção do registro profissional, os egressos do curso de medicina deverão apresentar declaração de realização do Exame do CREMESP (Resolução nº 239). Embora o registro profissional não esteja condicionado ao resultado da prova, exames opcionais realizados pelo Conselho nos últimos sete anos revelaram que quase metade dos graduandos sai das escolas despreparados, sem as mínimas condições de exercer a Medicina.

Desde 2005, o CREMESP realiza uma prova opcional para os graduandos de escolas médicas paulistas. De caráter voluntário e sem interferência na inscrição junto ao Conselho, o exame se tornou uma proposta inovadora de avaliação externa do ensino médico, deixando transparente para a sociedade a atual precariedade do ensino médico.

Quase metade dos graduandos prestes a se iniciar no mercado de trabalho se revelou incapaz de exercer a profissão. Dos 4.821 estudantes que participaram do exame do CREMESP entre 2005 e 2011, 46,7% foram reprovados. Na soma dos vários anos, pouco mais de 15% dos formandos fizeram o exame, número representativo, porém insuficiente para uma avaliação mais aprofundada do universo dos graduandos.¹⁴⁹

Embora não se possa ter um caráter conclusivo acerca da qualidade de ensino, o exame obrigatório de final de curso configura uma ferramenta fundamental para exercício do seu papel fiscalizador previsto por lei. Se não será impeditivo do exercício da profissão, tornará transparentes as deficiências e os méritos dos cursos e de seus alunos, vindo ao encontro do atual momento vivido pela sociedade, que

¹⁴⁹ EXAME do Cremesp. Resolução nº 239 torna obrigatória a avaliação para o registro profissional . São Paulo, 28 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=2568>>. Acesso em: 03.jul. 2013.

exige do Poder Público uma postura hígida e transparente. Por certo que a simples abertura de novos cursos não pode ser vista como a solução dos problemas de falta de médicos. O investimento na qualificação de excelência dos cursos de medicina se põe no mesmo patamar de prioridades.

A formação de estruturas capazes de auxiliar o desenvolvimento das políticas públicas de saúde é pauta salutar para o enfrentamento dos desafios impostos ao sistema sanitário. É nesse contexto que os Conselhos de Saúde ganham relevância na sua atuação, na medida em que estreitam os laços dos administrados com os administradores e solidificam a participação popular no processo de tomada de decisões quanto ao desenvolvimento das políticas públicas.

3.5 O Exercício do Controle Social e os Conselhos de Saúde

O controle social exercido pelos Conselhos de Saúde que atuam de forma efetiva tem papel inquestionável quando o assunto é participação social na execução das políticas sanitárias. Logo, merece ser analisado com a devida cautela.

No período anterior a 1990, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) foi um órgão consultivo do Ministério da Saúde, cujos membros eram indicados pelo Ministro de Estado. A Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, instituiu o CNS e reformulou o Ministério da Educação e Saúde Pública; no entanto, debatia apenas questões internas e administrativas. Nesse período, o Estado não oferecia assistência médica, a não ser em casos especiais, como tuberculose, hanseníase e doença mental.

Com a separação do Ministério da Saúde e da Educação Pública, o CNS foi regulamentado pelo Decreto nº 34.347, de 8 de abril de 1954, para a função de assistir ao Ministro de Estado na determinação das bases gerais dos programas de proteção à saúde. O CNS era composto por 17 membros, e as funções de secretaria eram exercidas por servidores do próprio Ministério da Saúde. Em 1959, o Decreto nº 45.913, de 29 de abril de 1959, aumentou o número de conselheiros para 24¹⁵⁰.

¹⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS). *História do CNS*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/historia.htm>>. Acesso em: 11.jun. 2013.

O Decreto nº 847, de 5 de abril de 1962, reafirmou a finalidade do Conselho de assistir ao Ministro de Estado da Saúde, com ele cooperando no estudo de assuntos pertinentes a sua pasta. O número de conselheiros passou para 27.

Em um segundo momento, a atuação do Conselho foi ampliada pelo Decreto nº 67.300, de 30 de setembro de 1970. Nessa fase, a promoção, proteção e recuperação da saúde passam a ser foco dos debates e caberia ao Conselho "examinar e emitir parecer sobre questões ou problemas relativos à promoção, proteção e recuperação da saúde, que sejam submetidos à sua apreciação pelo Ministro de Estado, bem como opinar sobre matéria que, por força de lei, tenha que ser submetida à sua apreciação".

Na década de setenta, surgiu com grande força o Movimento de reforma sanitária, grupo responsável por discussões importantes como integralidade, descentralização e a universalização. Aumentou, assim, o conjunto de análises e interpretações responsáveis por grandes mudanças na saúde pública do país. Foi quando começaram as primeiras manifestações importantes para o crescimento do controle social no Brasil. Em 1987, foi publicado o Decreto nº 93.933, de 14 de janeiro, dispendo sobre a organização e atribuições do CNS, com funções normativas e de assessorar o Ministro de Estado da Saúde. Era composto por 13 membros indicados pelo governo, inclusive os sete representantes da sociedade civil - "personalidades de notória capacidade e comprovada experiência na área da saúde".

As Conferências de Saúde sempre foram fundamentais para a democratização do setor. Em 1986 foi realizada a histórica 8ª Conferência Nacional de Saúde, cujo relatório final serviu como subsídio para os deputados constituintes elaborarem o artigo 196 da Constituição Federal - "Da Saúde". A partir da promulgação da Constituição, em 1988, a saúde ganhou rumos diferentes com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Em 28 de dezembro de 1990, a Lei nº 8.142 instituiu as Conferências e os Conselhos de Saúde, instâncias de Controle Social.

O Decreto nº 99.438, de 7 de julho de 1990, regulamentou as novas atribuições do CNS e definiu as entidades e órgãos que comporiam o novo plenário, com 30 membros. Essa legislação fixou na composição do CNS entre representantes dos usuários, trabalhadores da saúde, gestores (governo) e prestadores de serviço de saúde. Os usuários ficaram com 50% das vagas, e os

outros 50% eram divididos entre trabalhadores, gestores e prestadores de serviço. A composição do CNS de 1990 foi fruto de longa negociação do movimento social com o Ministério da Saúde.

O Plenário do Conselho Nacional de Saúde, em sua Centésima Trigésima Sexta Reunião Ordinária, realizada nos dias 3 e 4 de novembro, aprovou a Resolução nº 333, de 4 de novembro de 2003, com as diretrizes para a criação, reformulação, estruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde. Na ocasião, foi mantida a composição dos conselhos de saúde como propôs a Resolução nº 33 de 1992, a qual reafirmava a paridade e a composição entre os segmentos.

Uma nova estrutura entrou em vigor no ano de 2006, quando foi publicado o Decreto Presidencial nº 5.839, de 11 de julho de 2006. Atendendo às deliberações aprovadas na 11ª Conferência Nacional de Saúde e 12ª Conferência Nacional de Saúde, o Conselho passa a escolher seus membros a partir de processo eleitoral e também, pela primeira vez na história, elege seu presidente, cargo até então ocupado pelo Ministro de Estado da Saúde¹⁵¹

O Conselho Nacional de Saúde - CNS, órgão colegiado de caráter permanente e deliberativo, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, conforme determinação do inciso III do art. 198 da Constituição Federal, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e da Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, é composto por representantes do governo, dos prestadores de serviços, dos profissionais de saúde e dos usuários, e cujas decisões, quando consubstanciadas em resoluções, são homologadas pelo Ministro de Estado da Saúde.

O Conselho Nacional de Saúde tem por finalidade atuar na formulação e no controle da execução da Política Nacional de Saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, nas estratégias e na promoção do processo de controle social em toda a sua amplitude, no âmbito dos setores público e privado.

Os Conselhos de Saúde emergiram na cena político-sanitária brasileira com a missão de operacionalizar o princípio constitucional da participação comunitária e assegurar o controle social sobre as ações e serviços de saúde. Para tanto, foram institucionalizados como órgãos permanentes e obrigatórios do Sistema Único de Saúde, recebendo amplas atribuições legais e caráter deliberativo. Seja na dimensão de conselhos singulares, seja na dimensão geral de uma rede

¹⁵¹ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS). *História do CNS*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/historia.htm>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

crescentemente articulada e solidária, os Conselhos constituem-se hoje, certamente em espaços de ampliação da participação social, onde, de forma lenta, mas significativa, elaboram-se e começam a ser exercidas mudanças nas práticas institucionais do setor saúde.

Assim como o Conselho Nacional mantém sua importância perante a elaboração das estratégias de atuação no processo de desenvolvimento da saúde a nível nacional, a performance dos Conselhos Estaduais e principalmente dos Conselhos Municipais vêm ganhando cada vez mais relevância no cenário contemporâneo.

O desenvolvimento das atividades dos Conselhos Municipais mantém correlação direta com a reserva feita aos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, como a saúde, bem como de forma complementar a legislação federal e estadual no que couber, nos dizeres do art. 30, incisos I e II da Constituição Federal.

Schwartz¹⁵², quando da análise dos Sistemas Municipais de Saúde, enfatiza de forma indireta a relevância da atuação dos Conselhos Municipais expondo as funções e possibilidades de atuação regionalizada, bem como os benefícios advindos da municipalização da saúde, a saber:

- 1) O interesse maior é o da localidade, devido às especificidades locais;
- 2) Faz com que caiba ao Município a parcela mais importante da prestação sanitária, pois é ele que dispõe legal e materialmente sobre assuntos de interesse local-saúde;
- 3) Grande parte da proteção à saúde é realizada no espaço local, respeitando-se as particularidades de cada região;
- 4) Viabiliza uma administração moderna, privilegiando a competência, pois há uma vigilância maior sobre os encarregados do sistema, já que estes estarão em permanente contato com os cidadãos, que possuem participação no SUS (art. 198, III, CF/88).

A importância da participação da sociedade nos rumos do Estado vem ganhando relevante papel na consolidação dos anseios democráticos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. A perspectiva dialógica entre comunidade representada pela sociedade civil organizada e a administração pública, através da possibilidade de consulta aos Conselhos Municipais de Saúde para decisão acerca das políticas públicas da área de saúde, possibilita que o referido conselho tenha relevante destaque, decidindo, dentre outros assuntos, acerca da alocação de recursos financeiros constitucionalmente garantidos para a área.

¹⁵² SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 105.

Todavia, não basta a previsão de constituição de um conselho federal, estadual ou municipal se estes não tiverem efetividade na sua atuação e não cumprirem o papel de integrador social que lhe é atribuído. Caso contrário, os Conselhos de Saúde e os outros mecanismos criados pela Lei 8.142/1990, como a Conferência de Saúde estabelecida pelo art. 1º, § 1º, não passarão de meros instrumentos burocráticos desprovidos de qualquer função democrática.

Frente à enorme diversidade econômica e cultural arraigada nas diversas regiões do país, fato que pôde ser verificado pelos gráficos e tabelas de atuação médica, o papel e o desempenho dos Conselhos no processo de participação popular deve levar em consideração a estrutura do poder local, a cultura cívica dos cidadãos, o contexto da gestão pública da saúde, os detalhes da "arena institucional" e o perfil dos atores que protagonizam as cenas ali desenvolvidas. Através desse procedimento, tenciona-se "reconstituir a realidade" da ação desenvolvida na interação entre a sociedade civil e o poder público com o objetivo de produzir um panorama vivo do controle social exercido no âmbito dos conselhos.

Para tanto, o planejamento das atividades, a regularidade e a dinâmica das reuniões, a efetividade, o caráter deliberativo, a implementação e a publicização das decisões são características que devem ser cultivadas pelos Conselhos de Saúde para que realmente estes cumpram com seu papel de integrador social e democrático.

A instituição dos Conselhos de Saúde como órgãos de controle social e gestão participativa é fruto da mobilização de profissionais de saúde e de setores da sociedade civil. No entanto, na maioria dos municípios, sua implantação resultou de uma política de indução do Ministério da Saúde, condicionando o repasse de recursos federais à criação do Conselho Municipal de Saúde.

Este processo resultou em conselhos muito heterogêneos, desde conselhos apenas cartoriais a conselhos que efetivamente fiscalizam os gestores do SUS. Esta situação não apenas espelha a diversidade dos municípios quanto à população, oferta de serviços de saúde e capacidade de investimento na saúde, mas se relaciona também com outros fatores, entre os quais Cortes¹⁵³ aponta como os mais influentes: a força dos movimentos sociais, a articulação dos reformadores do sistema de saúde com os ativistas dos movimentos sociais, a posição das

¹⁵³ CORTES, Soraya Maria Vargas. Construindo a possibilidade de participação de usuários: conselhos e conferências no Sistema Único de Saúde. *Sociologias (UFRGS)*, Porto Alegre, v. 7, 18-49, 2002.

autoridades municipais, estaduais e federais sobre a participação de usuários e, relacionada com os fatores anteriores, a própria dinâmica dos conselhos de saúde dada pelas posturas das coordenações dos conselhos e dos gestores.

O desafio de dar efetividade ao agir dos conselhos de saúde não pode ser marginalizado pelo simples fato do cumprimento dos preceitos legais e preenchimento do requisito formal de sua implementação. O intuito almejado quando da criação do instituto é que a sua atuação exerça influência sobre o futuro estratégico da saúde pública. Logo, a mera burocratização do instituto deve ser rechaçada pelo sistema jurídico e sanitário, sob pena de subverter o instituto criado com o objetivo de ser um canal de participação direta da sociedade no planejamento e na fiscalização das ações de saúde.

Os conselhos têm uma importância estratégica no processo de reestruturação da atenção à saúde, que, atualmente, tem como via principal o Programa de Saúde da Família – PSF. Esta reestruturação não é apenas uma questão técnica. Envolve expectativas, demandas e comportamentos de todos os atores envolvidos na prestação da atenção, desde gestores até usuários, e implica a reformulação das relações entre esses atores. Nesta perspectiva, espera-se que os Conselhos de Saúde não apenas funcionem como instâncias de controle social e *accountability*, mas também como espaços de expressão de demandas e expectativas dos vários segmentos que os compõem.¹⁵⁴

A criação de espaços para a participação da sociedade nas políticas públicas cria um campo fértil para a difusão de um controle social exercido legitimamente pelos cidadãos através da construção de um ambiente independente e desvinculado dos interesses diretos que regem o poder executivo. O fortalecimento de espaços alternativos de controle social, articulando segmentos da comunidade em geral incita a solidificação do processo democrático e instiga a participação e integração cidadã no processo evolutivo das políticas públicas.

¹⁵⁴ STRALEN, Cornelis Johannes van *et al.* Conselhos de Saúde: efetividade do controle social em municípios de Goiás e Mato Grosso do Sul. *Ciência e Saúde Coletiva*, Belo Horizonte, p. 623, 2006.

4 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA BUSCA PELA EFETIVA DEMOCRACIA E DIREITOS SOCIAIS

No século XX, principalmente em sua segunda metade, a disputa entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo pela condução dos negócios públicos cedeu espaço à participação mais efetiva do indivíduo no processo de tomada de decisões, como meio de legitimidade ao uso do poder em contrapartida ao crescimento da intervenção estatal no cotidiano das pessoas. A participação da comunidade na construção dos negócios públicos é fator de sua legitimidade, orientada tanto pelo princípio democrático quanto pelo princípio da transparência, suplantada a noção formal de democracia representativa. A transparência se instrumentaliza pelo subprincípio da participação popular (ou comunitária) de indivíduos ou grupos de interesses estranhos aos quadros dos servidores públicos, chamados ou estimulados a tomar parte no processo de decisões e na gestão do interesse público¹⁵⁵.

Seguindo o princípio da secularidade, a democracia é uma invenção do ser humano, inventor também da sociedade. Por isso, nenhuma ordem social é de origem divina ou externa à vontade das pessoas que a assumem: é construída e pode, portanto, ser transformada pela mesma vontade que a construiu. A democracia é uma opção de sociedade que expressa uma forma de ver, interpretar e organizar o mundo em função do respeito aos direitos humanos¹⁵⁶.

Frente à introdução dos princípios do controle social e da participação popular como instrumentos de efetivação de gestão político-administrativo-financeira e técnico-operativa, com caráter democrático e descentralizado, impôs-se a necessidade de aprofundar o estudo acerca das formas de controle dos atos e políticas públicas.

Para tanto, adota-se a participação popular, exercida diretamente pelo cidadão ou pela sociedade civil organizada, como método de controle das decisões emanadas do Poder Público quando do desenvolvimento das ações e programas governamentais. A forma de gestão no sistema descentralizado e participativo, permeada pelo exercício do controle social, tem como intuito fortalecer o processo

¹⁵⁵ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 23-4.

¹⁵⁶ TORO, José Bernardo. *A construção do público: cidadania, democracia e participação*. Rio de Janeiro: Senac Rio, 2005. p. 26.

democrático e garantir o pleno e irrestrito gozo dos direitos sociais, em especial do direito à saúde.

4.1 Contexto para uma possível Democracia Sanitária

Na amplitude do exercício do Poder Político, ora entendido como o domínio exercido pelos órgãos governamentais com intuito de assegurar o cumprimento dos direitos e garantias previstos no ordenamento constitucional, a participação popular surge como ferramenta imprescindível para o progresso e os avanços das políticas públicas nas mais diversas instâncias governamentais.

Assim, conceituando Poder Político, o doutrinador Marcelo Caetano¹⁵⁷ aduz tratar de *“autoridade da coletividade sobre cada um dos seus membros, traduzida pela imposição de um Direito Comum a que todos, quer queiram quer não, têm de se submeter”*.

A Constituição Federal, ao utilizar a expressão “Poderes” para referir-se aos órgãos elementares do Estado, bem como ao atribuir competência para expedir atos realizadores das funções legislativa, executiva e judicante do Estado, chamados conforme o caso, de “leis”, “decretos” e “sentenças”, ratificou o Poder Político do Estado, conferindo-lhe o poder governamental e criando um Direito Objetivo que a todos se aplica¹⁵⁸.

Logo, a escolha de determinadas práticas de ações governamentais, cujo ato não seja de característica vinculada (compulsória), decorre desse “Poder Político” confiado aos gestores públicos, inerentes aos cargos ocupados.

É nesse meio que a transparência administrativa e a efetiva participação popular encontram substrato. Embora na estrutura organizacional do Poder Político a figura do administrador público esteja intrínseca, a política de participação popular merece total destaque no atual cenário democrático. Cenário democrático aqui entendido como uma cosmovisão: como um modo de ver a vida e estar no mundo.

Conforme Bernardo Toro¹⁵⁹, toda cosmovisão é uma maneira de organizar o mundo. Quando uma cosmovisão é compartilhada por muitos, ela é social e produz

¹⁵⁷ CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v 1, p. 20.

¹⁵⁸ BRITTO, Carlos Ayres. *Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”*. Revista de Direito Administrativo (RDA), Rio de Janeiro, n. 189, p. 118, jul./set., 1992.

¹⁵⁹ TORO, José Bernardo. *A construção do público: cidadania, democracia e participação*. Rio de Janeiro: Senac Rio, 2005. p. 24.

coesão¹⁶⁰. Seguindo essa lógica, a democracia não é uma ciência, um dogma, um partido, uma política. É uma forma de ver e estar no mundo, um modo de ser e de viver.

Partindo dessa premissa e acompanhando os objetivos insertos na legislação vigente, em especial na Lei 8.142/1990, os ideais de democracia sanitária ganham novos ares com relação ao próprio conceito de participação, incorporando como categoria central a sociedade e a cidadania:

O conceito de participação cidadã está lastreado na universalização dos direitos sociais, na ampliação do conceito de cidadania e em uma nova compreensão sobre o papel e o caráter do Estado, remetendo à definição das prioridades nas políticas públicas a partir de um debate público.¹⁶¹

Indo ao encontro das reivindicações da sociedade contemporânea, Limberger sustenta que um dos grandes objetivos das democracias atuais é possibilitar uma rede de comunicação direta entre a Administração e os administrados que redunde em um aprofundamento democrático e em uma maior transparência e eficiência na atividade pública¹⁶². Logo, haja vista que a participação popular pode ser considerada um subprincípio da transparência administrativa, a sua aplicação se torna imprescindível.

Carlos Ayres Britto afirma que a participação popular somente pode existir com a pessoa privada (individual ou associadamente) exercendo o poder de criar norma jurídica estatal, que é norma imputável à autoria e ao dever de acatamento de toda a coletividade. Sustenta, ainda, que a participação do povo nos negócios do Estado se dá pela via do exercício do poder governativo, servindo como amostra o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular¹⁶³.

¹⁶⁰ Bernardo Toro cita como exemplo de cosmovisão o cristianismo, cuja aceitação do mundo criado por um ser superior, sendo o outro o nosso irmão, penetra e influencia toda a vida, o pensamento e as relações daqueles que creem na santidade.

¹⁶¹ GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2003. p. 56-7. (Coleção Questões da Nossa Época, v. 84).

¹⁶² LIMBERGER, Têmis. Transparência na gestão fiscal e efetividade: a importância da cultura constitucional e orçamentária. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 290.

¹⁶³ BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, n. 189, p. 118, jul./set., 1992.

A partir da década de 90, e mais acentuadamente nos anos recentes, verifica-se um deslocamento na produção, acadêmica e não acadêmica, das grandes questões envolvidas na proposta original da Reforma Sanitária – democracia, papel do Estado, dimensões estruturais do processo saúde/doença, projeto nacional de nação – para estudos de caráter pragmático e tecnicista. Não se trata aqui de atribuir juízos de valor a um e outro, mas tão somente de apontar a perda do caráter reflexivo da produção do campo, subsumida pela visão tecnicista da implantação ou implementação do SUS¹⁶⁴.

Em decorrência, verifica-se uma tendência a se tomar como sinônimos conceitos com conteúdos distintos, tais como: (i) *universalização*: confundido com simples expansão de oferta; (ii) *acesso e acessibilidade*: ambos confundidos com oferta de serviços; (iii) *acesso*: também confundido com cobertura e oferta de serviços; (iv) *gestão*: confundido com gerência de serviços, enquanto aquela se refere ao conteúdo da gerência, e esta à dimensão administrativa propriamente dita; (v) *controle social e participação social*: sem diferenciar controle da sociedade e promoção e fortalecimento de novos espaços públicos para a criação de novos sujeitos sociais.

Para Cohn, o desafio da sociedade impõe-se em desvencilhar-se das amarras pós-modernistas dos individualismos e subjetivismos, buscando identificar quais são e onde se constroem novas redes de sociabilidade e novas identidades sociais para tentar deslindar como fazer para que o mundo da vida, na vertente habermasiana, não sucumba ao mundo do sistema, na vertente tecnicista, re-qualificando a dimensão da política de tal modo que se rearticulem as dimensões técnica e social nos projetos para a saúde¹⁶⁵.

Jacques Chevalier indica que, em face da crise do interesse comum, notadamente naquilo que concerne à gestão pública, o referencial clássico do interesse geral, que era reputado como fundamento da legitimidade do Estado, não é mais suficiente; impôs-se a ideia de que uma administração pública deve ser, à semelhança do particular, “eficaz” e que para tanto ela deve emprestar daquele as receitas de boa gestão. Cita o autor a inserção da *democracia semidireta*, com ampla participação popular, seja através de referendos, plebiscitos ou do orçamento

¹⁶⁴ COHN, Amélia. A reforma sanitária brasileira após 20 anos do SUS: reflexões Reflections on Brazilian National Health Reform after 20 years of experience with the Unified National Health System. *Cad. Saude Publica*, [S.l.], v. 25, n. 7, 2009, p. 1615.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 1618.

participativo, que se traduz em uma forma de estreitar a relação entre os administradores e os administrados, ficando vinculada as políticas públicas com os resultados práticos e efetivos dos programas sociais¹⁶⁶.

Sugere Chevalier, como alternativa plausível para o cumprimento das metas estabelecidas, que a Administração Pública, a exemplo de outras nações, ao invés de mera indicação de rubricas orçamentárias, passe a inserir em seus orçamentos os objetivos das atividades e as práticas para atendimento dos fins almejados.

Na saúde, por exemplo, a criação desta metodologia poderia tomar como base índices de desempenho e evolução dos resultados da aplicação dos recursos. Assim, a indicação orçamentária seria baseada nos índices de obtenção de resultados aferidos por institutos oficiais, tais como índices de mortalidade infantil, de disseminação dos diagnósticos de doenças, de diminuição da fila de espera dos atendimentos médicos especializados, de expectativa de vida, dentre outros.

Para Chevalier, a adoção de tal técnica proporciona maior possibilidade da sociedade cobrar e fiscalizar o cumprimento das metas estabelecidas nos programas e nos orçamentos financeiros. Tais medidas possibilitam uma maior integração entre o Estado e sociedade, valorizando e estimulando a participação popular em matérias de interesse coletivo.

Não resta dúvida que as novas técnicas de comunicação tornaram-se eficientes ferramentas, de grande utilidade e profusão no desenvolvimento das modalidades participativas. No entanto, fica a pergunta: o Estado vem utilizando apropriadamente esse desenvolvimento tecnológico para aproximar a sociedade das decisões, muitas vezes discricionárias, acerca dos investimentos públicos de grande vulto¹⁶⁷ e das instituições de novas políticas públicas?

Logo, resta lançado o desafio do novo modelo democrático estabelecido no século XXI, cujos atos e investimentos públicos poderão ser cada vez mais esmiuçados por cidadãos comuns e demais entidades interessadas. Ao sistema normativo, todavia, incumbe uma tarefa imprescindível para a concretização dessas formas originais de controle dos atos públicos por meio do desenvolvimento tecnológico e da participação popular, qual seja: criar meios práticos de obtenção das informações acerca das despesas e investimentos na seara pública, desvelando

¹⁶⁶ CHEVALIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. 3.ed. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 227-32.

¹⁶⁷ Podemos aqui fazer menção a opção por sediar a Copa do Mundo de 2014 e os jogos olímpicos de 2016.

as contas do erário público e disponibilizando dados de forma que assegure a maneira mais prática para a realização dessa fiscalização *stricto sensu*.

4.2 O Limite Orçamentário como Forma de Controle das Políticas Públicas

O estabelecimento de receita orçamentária indicativa das despesas públicas concebidas no âmbito do desenvolvimento das políticas institucionais que visem assegurar os direitos sociais aos cidadãos é tema de relevante análise na medida em que a efetividade da atuação estatal mantém correlação umbilical com a forma de aplicação destes recursos.

A fixação da receita e o gasto do poder público podem ser associados à luta contra o absolutismo e o surgimento dos parlamentos, tendo como um de seus marcos a Magna Carta, de 1215. Alguns dos eventos mais importantes do século XVIII – A Revolução Francesa e a Declaração de Independência Americana – iniciaram-se com envolvimento em questões fiscais. No caso das colônias britânicas da América do Norte, na luta contra os impostos pela Coroa. No caso da França, com a convocação dos Estados Gerais, com o objetivo inicial de discutir a situação financeira da realeza e verificar o aumento da carga tributária¹⁶⁸.

Esta prática de provisão orçamentária incorporada às democracias liberais teve como objetivo limitar a intervenção do Estado na economia e restringir o poder até então ilimitado dos governantes, prevendo limites para o gasto do erário.

Constituição Brasileira de 1824, outorgada pelo Imperador, previa no seu artigo 15 a competência da Assembleia Geral de fixar anualmente as despesas públicas. Da mesma forma, previa o texto constitucional como responsabilidade do ministro da Fazenda a apresentação de “*um balanço geral da receita e despesas do Tesouro Nacional do ano antecedente, e igualmente o orçamento geral de todas as despesas públicas do ano futuro*”¹⁶⁹.

Seguindo o espírito da Constituição imperialista, os demais textos constitucionais contiveram dispositivos prevendo a necessidade de lei orçamentária. Na Constituição atual, tal exigência vem exposta no Título VI, Seção II, artigos 165 a 169, impondo ao Executivo um limite de gastos, sob a plena fiscalização do Poder

¹⁶⁸ GONZÁLES, Rodrigo Stumpf. Novos espaços da democracia no Brasil: a participação popular na definição do orçamento público. In: GONZÁLES, Rodrigo Stumpf (Org.). *Perspectivas sobre participação e democracia no Brasil*. Ijuí: Unijuí, 2007. p. 148.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 148.

Legislativo. Esse controle é feito por meio de três instrumentos, quais sejam: o Plano Plurianual, com validade de quatro anos a aprovado no primeiro ano de governo, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

O Plano Plurianual tem a função de estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública, traduzindo-se em um importante instrumento para a implementação das políticas públicas, integrando os programas e ações propostas por todos os setores da administração. Busca atender de forma coerente as diretrizes de governo e superar os desafios setoriais ou regionais identificando os diagnósticos e prognósticos realizados por cada setor em específico.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias, por sua vez, tem como objetivo expor as metas e prioridades da administração para o exercício subsequente, orientando de forma substancial a Lei Orçamentária Anual. Esta última, por fim, estabelecerá as despesas e as receitas que serão realizadas no ano seguinte, devendo a sua aprovação ocorrer até o final de cada ano.

Embora a Constituição Federal tenha objetivado dar maior transparência e poder de organização aos entes federados exigindo que os mesmos apresentassem suas metas e prioridades, o que se vislumbra na prática é a implementação dos requisitos impostos pela lei apenas para dar cumprimento ao disposto na legislação vigente. A falta de percepção e fixação de metas objetivas, impondo ao administrador o real desafio de cumprir com os objetivos traçados, compromete de forma substancial a eficácia das finalidades programadas.

Em regra, o que se verifica é a preocupação dos administradores em cumprir com os limites de gastos previstos na Constituição Federal e nas normas suplementares. No que diz respeito à saúde, conforme prevê o § 3º do art. 198 da Constituição Federal, o percentual mínimo de investimentos da União em ações e serviços públicos sanitários equivale ao valor empenhado no exercício financeiro anterior acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da Lei Orçamentária Anual. Para os Estados e Distrito Federal, o percentual mínimo de 12% da arrecadação tributária específica para aplicação em ações e serviços públicos de saúde, enquanto que aos Municípios cabe o percentual de aplicação referente a 15% da arrecadação tributária específica.

Ocorre que o simples cumprimento do investimento orçamentário não garante que os serviços disponibilizados aos cidadãos estão sendo realizados de forma eficiente e suprimindo as necessidades e as carências da sociedade. Este tema requer muita cautela, uma vez que os políticos não raras vezes utilizam-se desses dados meramente orçamentários para atestar a realização de um bom governo, numa verdadeira manobra política/publicitária com fins essencialmente eleitorais.

De fato, o melhoramento dos serviços requer, na maioria das vezes, a alocação de uma maior quantidade de verbas públicas na sua execução, mas essa premissa não é tão simplória como parece. A necessidade de adoção de posturas que possibilitem a participação da sociedade no processo de escolhas e identificação das carências e dos déficits de atuação estatal vão ao encontro dos ideais democráticos de inserção do cidadão no seio no processo político e social. Ratificando os preceitos que deram base para a elaboração da Constituição Federal de 1988, a consulta e a participação do povo, tanto no processo de tomada de decisões, quanto no processo de fiscalização de resultados, consolidam as proposições que alimentaram a formação de um Estado Democrático que assegure o cumprimento dos direitos e garantias sociais.

Explorando de maneira muito perspicaz a forma de impor aos administradores o real desafio de cumprir com as metas previstas no orçamento, Jacques Chevalier sugere que não apenas sejam alocados recursos para execução das ações públicas, mas que seja cobrada a sua utilização de forma eficiente, demonstrando o seu benefício à sociedade.

Sob essa ótica, realizou análise acerca do poder de investigação das Assembleias americanas, o qual lhes permite intervir mais cedo no procedimento orçamentário. Criado em 1974, o Congresso americano adotou um instrumento denominado de “*Congressional Budget Office*” (CBO) cuja função é “fornecer ao Congresso os elementos de análise objetivos, oportunos e não partidários necessários para tomar decisões nas áreas econômica e orçamentária, assim como as informações e as estimativas indispensáveis ao processo orçamentário”. Através de três etapas, o Congresso dispõe dessa ferramenta temível para submeter ao orçamento preparado pela Presidência (OMB). A primeira etapa é a adoção, em 15 de abril da “resolução orçamentária”, que fixa os principais objetivos do orçamento; o voto, em 30 de junho, da Lei de “reconciliação orçamentária”; por fim, no decorrer do verão, o voto das “leis de apropriação” (autorizações orçamentárias). O longo

conflito ocorrido no ano de 1996 entre a Presidência e o Congresso, por ocasião de divergências orçamentárias, mostrou a força desse poder de controle sobre as rubricas¹⁷⁰.

Já na França, o reforço do poder orçamentário do Parlamento foi traduzido no ano de 1996 por um debate sobre a orientação orçamentária, a aceleração da entrega do relatório do Tribunal de Contas sobre a execução da lei de finanças, o voto anual de uma lei de financiamento da seguridade social (22 de fevereiro de 1996), mas principalmente pela entrada em vigor, em 1º de agosto de 2001, da Lei Orgânica (LOLF), que reformou profundamente o procedimento orçamentário, de modo a assegurar uma melhor informação e um melhor controle do Parlamento¹⁷¹:

O orçamento é doravante apresentado não mais em 'capítulos', reagrupando, por natureza, os créditos destinados às administrações, mas em 'missões' (34 para o orçamento geral), elas mesmas especificadas em 'programas' (132 para o orçamento geral) e esses em 'ações'.

A assunção do modelo orçamentário francês permite que o legislador, e até mesmo o contribuinte, identifique o *quantum* de créditos a administração está disponibilizando para cada programa e, por conseguinte, para cada missão. Assim, facilita ao legislador a identificação e, se necessário, a sugestão de transposição de recursos para beneficiar ou alcançar maior efetividade nas áreas que necessitam de investimentos mais vultosos.

Ainda no que diz respeito ao exemplo trazido por Chevalier de controle orçamentário imposto pelo Parlamento francês, importante salientar a criação da Comissão das Finanças da Assembleia Nacional da “Missão de Avaliação e Controle” (MEC)¹⁷². Tal Comissão foi encarregada de atuar, em colaboração com o Tribunal de Contas, no controle da eficácia da despesa pública mediante a emissão de “Relatórios Anuais de Performances” (RAP) previstos na LOLF, permitindo aos parlamentares o controle da gestão pública através da verificação dos efeitos gerados pelo emprego dos recursos públicos na execução dos programas de governo.

¹⁷⁰ CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 220.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 220.

¹⁷² *Ibid.*, p. 220-1.

Trazendo a problemática para a seara do desenvolvimento das políticas públicas de saúde no Brasil, a adoção de tais critérios possibilitaria comparar se o aumento nos investimentos em determinada região trouxe os resultados esperados, como, por exemplo, a diminuição do índice de mortalidade infantil ou de contaminação pelo vírus da AIDS.

Esses “relatórios anuais de performances” possibilitam tanto aos órgãos legislativos e fiscalizatórios quanto aos cidadãos a possibilidade de obter dados práticos e de fácil aferição dos reais resultados atingidos por determinados programas sociais. Assim, possibilitar-se-á a comparação da quantidade de recursos com o resultado obtido e a identificação do interesse público na continuidade de determinados programas sociais, assim como a necessidade de alterações ou supressão dos mesmos.

Há ainda outra questão que cabe ser salientada quando o assunto diz respeito aos investimentos baseados única e exclusivamente nas questões orçamentárias. O Brasil é caracterizado pelas suas desigualdades sociais e pela disparidade na distribuição de renda, principalmente quando são comparadas regiões ou cidades de diferentes estados. Logo, basear os investimentos públicos em saúde simplesmente em percentuais orçamentários não configura a maneira mais coerente de se averiguar o cumprimento do mandamento constitucional para a consecução do direito à saúde. Tal conclusão decorre de uma premissa lógica.

Algumas regiões, sejam por questões de localização, colonização ou socialização, possuem propensões maiores de desenvolvimento e captação de recursos industriais, comerciais e demais investimentos financeiros. Daí advém uma maior arrecadação de tributos e, por conseguinte, a possibilidade de investir uma maior gama de recursos em determinadas áreas de governo.

Tomando com base dois municípios de populações e previsões orçamentárias idênticas (igualdade de arrecadação tributária), a mera constatação do cumprimento do preceito constitucional de direito ao acesso à saúde através dos investimentos constantes no seu orçamento, ou seja, da aplicação do percentual de receita municipal de 15% na área da saúde, não significa o pleno atendimento das previsões constitucionais de amplo e irrestrito acesso à saúde.

Isso porque dadas as peculiaridades de cada cidade/região, o investimento de 15% do orçamento poderia atender a perspectiva social no que diz respeito ao atendimento à saúde de determinado município, enquanto que no outro pode tal

investimento ser insuficiente. Essa situação poderia decorrer de duas circunstâncias: 1ª) a falta de efetividade da atuação estatal (altos investimentos e serviços deficitários); 2º) as especificidades de cada cidade/região, que requerem maiores gastos em face das suas características (localização; principais áreas de atuação industrial, ex. mineração; condições climáticas). É nesse sentido que os “relatórios anuais de performances” poderiam trazer enormes contribuições para a aferição dos resultados dos investimentos públicos sanitários, uma vez que seria propiciado ao cidadão e aos demais órgãos de controle a aferição da eficácia da despesa pública, permitindo o controle da gestão pública através da verificação dos efeitos gerados pela aplicação das verbas públicas no desempenho das ações governamentais de acesso à saúde.

Outro aspecto muito evidenciado nos dias atuais para controle dos gastos públicos é a utilização da opinião pública para fortalecer os meios de fiscalização dos atos do Poder Executivo. Conforme já suscitado, o aumento do acesso da população e a instantaneidade da pulverização das informações nos mais diversos meios tecnológicos são ferramentas que surgem como verdadeiros aliados ao controle dos gastos públicos. É nesse contexto que alguns Municípios, mesmo sem imposição legal, vêm adotando a instalação de painéis eletrônicos com informações em tempo real da arrecadação e dos investimentos/gastos dos recursos públicos. Tais iniciativas visam dar maior transparência à movimentação de recursos arrecadados e geridos pelo Município, alinhando-se com a postura pregada pela Lei Complementar 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal. O Município de Erechim, interior do Estado do Rio Grande do Sul, vale-se desse instrumento de transparência desde o ano de 2004, sendo um dos pioneiros na instalação de tal equipamento¹⁷³. Exemplos como esse demonstram que os gestores públicos podem fazer jus dos benefícios trazidos pelos avanços da tecnologia colocando-os em prol da coletividade e do interesse público, proporcionando uma maior inserção do cidadão no seio das atividades estatais.

O acompanhamento e fiscalização exercidos pelos cidadãos tornou-se ferramenta de primeira grandeza no cenário contemporâneo, auxiliando a fiscalização e abrindo oportunidades de discussões que antes ocorriam somente nos

¹⁷³ PAINEL de contas: a atual gestão da cidade de Erechim quer que o contribuinte esteja sempre a par das contas municipais. *Revista Cidades do Brasil*, Curitiba, ano 4, n. 48, mar. 2004. Disponível em: <<http://cidadesdobrasil.com.br/cgi-cn/news.cgi?cl=099105100097100101098114&arecod=6&newcod=579>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

bancos acadêmicos ou nas sessões promovidas pelos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sem, contudo, dar pleno poder de manifestação ideológica à grande parte da população.

O campo fértil gerado pela internet, propício à discussão, crítica e análise da efetividade dos programas estatais financiados pelo dinheiro público, impõe ao administrador o desafio de gerir o erário da maneira mais eficiente possível, de modo a atingir o interesse social da despesa originada, em cumprimento aos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito. Logo, o Estado se depara cada vez mais com o movimento denominado por Chevalier como democracia deliberativa, com o qual o cidadão passa a ter voz ativa no processo de tomada de decisões envolvendo temas de cunhos contraditórios, obtendo influência sobre as escolhas coletivas, preenchendo, desse modo, o déficit de legitimidade ligado à crise de representação política¹⁷⁴.

A luta constante por um espaço de maior atuação da sociedade civil, retirando do Poder Legislativo o monopólio sobre as deliberações de interesse da coletividade, cria um espaço paralelo e concorrente à sua intervenção e proporciona aos cidadãos uma participação efetiva no jogo político do país. Esse envolvimento no processo de tomada de decisões possibilita a obtenção de uma influência sobre as escolhas coletivas e uma retomada de consciência quanto às políticas difundidas nos âmbitos nacional, estadual e municipal, fortalecendo o processo democrático e reafirmando a legitimidade política das decisões.

4.3 O Controle Social através da Internet

O crescimento do acesso à internet, a massificação e popularização das redes sociais, aumentando de forma abrupta o poder de difusão das notícias e dos ideais dos usuários internautas, fizeram com que o povo brasileiro passasse a adotar um *espírito crítico virtual*.

No entanto, ainda que o avanço tecnológico das redes sociais e da internet em geral tenha trazido inquestionáveis benefícios para o processo democrático, integrativo e social, há a necessidade da sociedade, em especial da parcela mais jovem, utilizá-la no melhor do seu potencial, e de acordo com os projetos e as

¹⁷⁴ CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 224.

pretensões de cada sociedade. Conhecendo a dinâmica, os constrangimentos e as possibilidades desta nova estrutura social que lhe está associada, condição imperativa para o melhor aproveitamento do seu potencial social, será possível que esta ferramenta seja transformada em uma importante forma de controle social e de participação no processo de tomada de decisões e fiscalização da atuação estatal.

Enfatizando essa questão, Manuel Castells¹⁷⁵ fez importante reflexão acerca das características da sociedade em rede ou sociedade da informação:

Nos primeiros anos do século XXI, a sociedade em rede não é a sociedade emergente da Era da Informação: ela já configura o núcleo das nossas sociedades. De facto, nós temos já um considerável corpo de conhecimentos recolhidos na última década por investigadores académicos, por todo o mundo, sobre as dimensões fundamentais da sociedade em rede, incluindo estudos que demonstram a existência de factores comuns do seu núcleo que atravessam culturas, assim como diferenças culturais e institucionais da sociedade em rede, em vários contextos. É pena que os media, os políticos, os actores sociais, os líderes económicos e os decisores continuem a falar de sociedade de informação ou sociedade em rede, ou seja o que for que queiram chamar-lhe, em termos de futurologia ou jornalismo desinformado, como se essas transformações estivessem ainda no futuro, e como se a tecnologia fosse uma força independente que deva ser ou denunciada ou adorada.

Enfatizando a importância da absorção dos benefícios advindos da tecnologia, Castells conclui que a reversão dos supostos malefícios ocasionados pela tecnologia digital, info-exclusão/isolamento social, vigilância constante, redução de empregos perpassa pela sua utilização em prol do interesse comum e coletivo, na busca de soluções para os diversos problemas políticos e sociais que permeiam a sociedade, ampliando o espírito crítico e participativo dos cidadãos comuns.

Cotidianamente, observam-se inúmeras pessoas criticando as políticas públicas e aderindo aos blogs e comunidades virtuais que denunciam atos e condutas supostamente contrárias ao interesse público, ou ainda, admoestando ações governamentais desenvolvidas de maneira alegadamente ineficiente, que comprometem grande parte do orçamento e não atendem a finalidade proposta.

¹⁷⁵ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). *A sociedade em rede: do conhecimento à acção política*. Lisboa: Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 2.0 License, 2005. p. 19-20. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2013.

Assim como ocorre na Europa e nos Estados Unidos¹⁷⁶, onde as redes sociais são utilizadas como campo fértil para organização e difusão de ideais revolucionários, no Brasil denota-se que o espírito crítico encontra crescente campo de expansão, transpondo o mundo virtual e adentrando efetivamente no nosso contexto social e político.

A internet possibilitou aos seus usuários a criação de uma mídia autônoma e independente¹⁷⁷, desvinculada de qualquer apego econômico ou ideológico. Traz-se aqui o exemplo contemporâneo vivenciado pela blogueira cubana Yoani Sánchez¹⁷⁸ quando da sua turnê internacional, em especial quando da sua visita ao Congresso Nacional em Brasília, ocorrida na data de 21.02.2013¹⁷⁹ e à sede da Organização das Nações Unidas - ONU, na data de 21.03.2013¹⁸⁰. O tumulto gerado pela visita da blogueira ao congresso brasileiro e à Organização das Nações Unidas é exemplo nato de que a participação dos cidadãos no processo de fiscalização e controle das políticas públicas provocam efeitos que podem modificar o cenário político e democrático de um país.

Outro exemplo é a difusão maciça e efetiva dos manifestos recentemente ocorridos em todo o país. Tomando-se como início o déficit, a precariedade e o alto custo, agravado pelo aumento das tarifas dos serviços de transporte público, a sociedade contraditou as autoridades públicas a ponto de fazê-las recuar nas suas

¹⁷⁶ Protestos "dos indignados" em vários países europeus (França, Espanha, Alemanha, Inglaterra, Itália, Bélgica, etc...) e os protestos nos Estados Unidos da América contra o corporativismo de Wall Street.

¹⁷⁷ Terminologia utilizada por este autor para referir-se a forma independente de liberdade de expressão, sem vínculo com qualquer meio de comunicação oficial ou midiático, com ou sem fins lucrativos.

¹⁷⁸ Yoani Sánchez (Havana, 4 de setembro de 1975) é uma filóloga e jornalista cubana. Licenciada em Filologia em 2000 na Universidade de Havana, alcançou fama internacional e numerosos prêmios por seus artigos e suas críticas da situação social em Cuba sob o governo de Fidel Castro e de seu sucessor, Raúl Castro. É conhecida por seu blog *Generación Y*, editado desde abril de 2007, com dificuldades, porque não pode acessá-lo de casa, e, por isso, definiu-se como uma blogueira "cega". A revista Time a incluiu em sua lista de "cem pessoas mais influentes de 2008", dizendo que "debaixo do nariz de um regime que nunca tolerou dissensão, Sánchez exerce um direito não garantido aos jornalistas que trabalham com papel: liberdade de expressão". YOANI SÁNCHEZ. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. [S.l.], 30 ago. 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Yoani_S%C3%A1nchez>. Acesso em: 24 mar. 2013.

¹⁷⁹ RUSSO, Guilherme. Yoani Sánchez visita o Congresso em meio a aplausos, protestos e bate-boca *O Estadão*, São Paulo, 21 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,yoani-sanchez-visita-o-congresso-em-meio-a-aplausos-protestos-e-bate-boca-,999484,0.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

¹⁸⁰ PRESENÇA da blogueira cubana Yoani Sánchez gera incidente diplomático na ONU. *Portal Terra*, São Paulo, 21 mar. 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/america-latina/presenca-da-blogueira-cubana-yoani-sanchez-gera-incidente-diplomatico-na-onu,febfe01a4fc8d310VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

pretensões e adotar outras medidas para redução das tarifas e pontuais revisões de valores.

Tendo como estopim o aumento das tarifas, não demorou os protestos acabarem tendo outros panos de fundo, dentre eles a corrupção, a educação e, principalmente a saúde pública.

É nesse contexto que Castells¹⁸¹ enfatiza o poder de influência que a comunicação exerce sobre a opinião das pessoas. Comunicação leia-se aqui da forma mais abrangente possível de difusão de informações, seja ela por mídia impressa, audiovisual, sonora ou eletrônica:

Uma vez que a política é largamente dependente do espaço público da comunicação em sociedade, o processo político é transformado em função das condições da cultura da virtualidade real. As opiniões políticas e o comportamento político são formados no espaço da comunicação. Não significa isto que tudo o que se diga neste espaço determine o que as pessoas pensam ou fazem. De facto, a teoria da audiência interactiva, apoiada por investigações em várias culturas, determinou que os receptores de mensagens processam essas mensagens nos seus próprios termos. Ou seja, nós não estamos no universo de Orwell, mas num mundo de mensagens diversificadas, que se recombina entre si no hipertexto electrónico, e que são processadas nas nossas mentes com uma crescente autonomia das fontes de informação. Contudo, a dominação do espaço mediático, sobre as mentes das pessoas, trabalha com base num mecanismo fundamental: presença/ausência de mensagens no espaço mediático. Tudo e todos os que estão ausentes deste espaço não podem chegar às mentes do público, pelo que se tornam uma não entidade. Este modo binário da política mediática tem consequências extraordinárias no processo político e nas instituições sociais. Também implica que a presença nos media é essencial para construir uma hegemonia política ou uma contra-hegemonia — e não somente durante as campanhas eleitorais.

Seguindo a premissa de que a opinião pública sofre enorme influência dos meios de comunicação, sendo estes capazes de alterar a realidade social, os avanços tecnológicos ganham cada vez mais importância no processo de consolidação da democracia e do poder de controle das ações públicas que dão suporte ao desenvolvimento dos programas governamentais. No entanto, para que seja possível extrair na sua plenitude os benefícios desses instrumentos

¹⁸¹ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). *A sociedade em rede: do conhecimento à acção política*. Lisboa: Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 2.0 License, 2005. p. 19-20. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2013.

tecnológicos, imprescindível que o sistema do Direito forneça subsídio que possibilite aos administrados o exercício de suas funções cidadãs.

Embora enfrente todas as dificuldades inerentes à questão tratada, o legislador brasileiro vem empreendendo esforços na tentativa de propiciar aos cidadãos alternativas que possibilitem uma maior participação popular nas atividades desenvolvidas pelo Poder Público. Com a entrada em vigor da Lei nº 12.527/2011, em 16 de maio de 2012¹⁸², pôde-se constatar um enorme avanço no que diz respeito ao direito de acesso a informações públicas previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

A possibilidade do administrado ter acesso aos dados, processados ou não, que possam ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato, transfere ao cidadão a possibilidade de participar e fiscalizar de forma efetiva a atuação estatal. O acesso a informações públicas assegura mediante a criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, o atendimento e a orientação do público quanto ao acesso a informações, principalmente quanto à tramitação de documentos e procedimentos nas suas respectivas unidades.

Além disso, a Lei 12.257/2011 assegurou o incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação através da realização de audiências ou consultas públicas. Embora as circunstâncias que se impõem à concretização dessas audiências ou consultas não tenham sido referendadas no corpo da lei, o fato de ter reconhecido a participação popular como requisito de integração e interação social faz da Lei 12.257/2011 um ícone legal no quesito transparência e controle social das políticas públicas.

Agregar valor ao aspecto cultural, personalíssimo de cada sociedade, legitima a atuação estatal e sobrepõe a participação popular ao poder discricionário exercido pelos administradores, sustentando a sua admissibilidade como o fato institucional de primeira ordem. A cultura influencia diretamente a motivação psicossocial do homem para valer-se dos canais, formais ou informais, de participação.

¹⁸² O art. 47 da Lei nº 12.527 estabeleceu que a Lei entraria em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação. BRASIL. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. *Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 18 nov. 2011.*

A atitude do homem, como ator político, tanto pode exigir a instituição e o aperfeiçoamento dos instrumentos de participação nos processos de poder, como pode levar ao desuso, ao ridículo e ao fracasso aquelas instituições que estejam em descompasso com o meio cultural a que devam servir¹⁸³.

O desafio imposto ao sistema jurídico brasileiro é justamente utilizar essa essência do espírito crítico desenvolvido pelos colaboradores virtuais, instrumentalizar o procedimento e torná-lo apto a integrar de maneira efetiva o controle democrático das contas públicas. Para tanto, a publicidade das contas e atos do Executivo passa a ser condição *sine qua non* para garantia e consecução dos direitos sociais preconizados pelo texto constitucional. Nesse contexto, Limberger¹⁸⁴ destaca a importância da transparência das contas públicas e o uso da tecnologia:

A partir da publicidade da informação é possível controlar os atos da administração. As novas tecnologias podem servir para o controle dos gastos públicos. É importante que os mecanismos previstos na legislação com a disponibilidade dos dados de gestão fiscal na *internet* sejam efetivamente consultados por seus destinatários (grifo do autor).

A onipresença das tecnologias em todos os aspectos da vida individual e coletiva ampliou decisivamente a incidência da internet nos diversos setores de atuação política e jurídica, estimulando de forma salutar a repercussão, o alcance a o exercício da cidadania.

Pérez Luño¹⁸⁵ dá destaque à contribuição doutrinária no estudo e na construção do que foi denominado de “Estado automatizado”, assim entendido como a organização política totalitária apoiada em um controle tecnológico (la computopía), ou seja, uma sociedade livre que utiliza os computadores e a informação para exercer seu papel cidadão: “La futura sociedad informatizada o computopía será, a tenor de cuanto anticipaba Masuda, ‘una sociedad sin clases,

¹⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa e judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 22.

¹⁸⁴ LIMBERGER, Têmis. Transparência na gestão fiscal e efetividade: a importância da cultura constitucional e orçamentária. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 290.

¹⁸⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Ciberciudadaní@O cuidadani@.com?1*. ed. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 58-9.

libre de um poder dominante y cuyo núcleo social serán las comunidades voluntarias”.

Segundo Luño¹⁸⁶, a noção de teledemocracia, denominada pelo autor como o conjunto de teorias e fenômenos práticos que defendem as NT (*Technological Assessment*) quando da sua participação e atuação nos processos de participação política nas sociedades democráticas, possui três elementos constitutivos básicos:

- 1) Desde el punto de vista *metodológico*, se trata de aplicaciones de las NT en su significado más extenso, comprensivo de sus más diversas manifestaciones: televisión, vídeo, informática, telemática, Internet...
- 2) En lo que atañe a su *objeto*, se proyecta sobre procesos de participación política de los ciudadanos.
- 3) En lo referente a su *contexto* de aplicación, se halla siempre constituido por Estados de derecho, es decir, la teledemocracia sólo es predicable en proyecciones políticas de las NT en el seno de sociedades democráticas.

Já para Carlos Ayres Britto, a democracia direta, ou “participativa” tem papel crucial na instituição da liberdade e da cidadania à frente da soberania. Britto, ao utilizar o disposto no inciso I do art. 93 da Constituição Federal¹⁸⁷ em seu ensaio escrito no longínquo ano de 1992, antes da promulgação da Emenda 19, pretendeu comprovar o real intuito do constituinte em efetivamente estabelecer a participação democrática como base fundamental do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º da Constituição Federal. Interpretando o referido inciso, sustentou:

1º) que uma instituição da sociedade civil, por ela nominada, tem o poder de participar de todas as fases de um procedimento oficial necessário à expedição de um ato de nomeação que realiza a função administrativa do Estado; 2º) que essa instituição da sociedade civil permanece um segmento da sociedade civil (não se transmudando em órgão da sociedade estatal), ao interferir constitucionalmente no processo de elaboração do ato de nomeação de um juiz togado; 3º) que o comparecimento da mesmíssima instituição privada é obrigatório, indescartável, ficando a salvo de condescendências ou da ‘boa vontade’ do Poder Público.

¹⁸⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *?Ciberciudadaní@O cuidadani@.com?* 1. ed. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 60.

¹⁸⁷ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

O supedâneo constitucional utilizado por Britto comprovou o propósito do constituinte em transformar e instigar o estabelecimento da efetiva democracia participativa, tal como ocorre nas hipóteses de referendo, de plebiscito, da iniciativa popular, do júri e do *amicus curiae*¹⁸⁸. Passados alguns anos, mais precisamente no ano de 1998, a ideologia pregada por Britto veio a se concretizar.

Reconhecendo a participação do cidadão na administração pública direta e indireta como um direito essencial à solidificação do processo democrático, a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, alterou a redação do § 3º do art. 37 da Constituição Federal¹⁸⁹ e possibilitou o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos de governo. O texto original previa tão somente a criação de Lei que assegurasse ao cidadão o direito de reclamações relativas à prestação de serviços públicos.

Isso demonstra que, acompanhando as transformações sociais e absorvendo cada vez mais o espírito democrático participativo que a Constituição busca implementar, a participação direta do povo é uma realidade imposta pelo atual sistema normativo brasileiro. Seguindo essa tendência ativista e participativa, o cidadão se aliará aos órgãos fiscalizadores na busca da completude dos princípios previstos pela Constituição, atuando em prol do reconhecimento dos compromissos estatuidos no texto constitucional, em especial, na consagração do acesso à saúde a todos os cidadãos.

Em compêndio resumido, Martins Júnior¹⁹⁰ enfatiza a importância da participação do administrado na fiscalização das ações desempenhadas pelo poder público:

Os horizontes abertos pela participação popular na Administração Pública são extremamente úteis na luta contra a corrupção, o

¹⁸⁸ Hipótese que o STF admite a manifestação de outros órgãos ou entidades em face da relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (art. 7º, § 2º da Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999).

¹⁸⁹ Art. 37. [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

¹⁹⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 344.

clientelismo e o emprego de recursos públicos em favor de minorias privilegiadas, e na busca de eficiência das decisões do poder público.

Esse processo de mudança cultural no setor público e na sociedade quando do trato das políticas públicas de saúde, visando o alcance da eficiência e eficácia, busca superar o protagonismo discricionário dos chefes de Estado que perdurou por séculos em nosso país, dando o poder a quem lhe é realmente de direito, ou seja, ao povo. A disponibilização de dados e informações necessárias, de simples acesso e compreensão, proporcionará que os cidadãos comuns se unam aos órgãos fiscalizadores e, em conjunção de esforços, transformem nosso país em uma nação cada vez mais democrática, que prime pela plena, efetiva e universal concretização do acesso à saúde, materialmente previsto no texto constitucional e precariamente aplicado na prática.

Os métodos de inclusão dos cidadãos na gestão sanitária do Estado enfatizam o fenômeno que hoje acontece a partir de um conjunto de mecanismos de participação direta ou semidireta: Orçamento Participativo, assembleias populares, conselhos gestores, plebiscitos, etc.

A democracia, transformada em um “simples canal de expressão” das vontades dos eleitores em eleger seus governantes, não suplanta a necessidade de uma participação efetiva do cidadão no processo de tomada de decisões acerca da aplicação do orçamento nos programas e ações de saúde que atendam as necessidades locais de cada região. Para Carole Pateman¹⁹¹, a existência de instituições que venham a representar determinadas classes ou indivíduos não pode, por si só, desconsiderar a necessidade de constituição de formas democráticas de participação de todas as pessoas, independente da afiliação ou pré-constituição de estruturas associativas:

A teoria da democracia participativa é constituída em torno da afirmação central de que os indivíduos e suas instituições não podem ser considerados isoladamente. A existência de instituições representativas em nível nacional não basta para a democracia; pois o máximo de participação de todas as pessoas, a socialização ou ‘treinamento social’, precisa ocorrer em outras esferas, de modo que as atitudes e qualidades psicológicas necessárias possam se desenvolver. Esse desenvolvimento ocorre por meio do próprio processo de participação. A principal função da participação na teoria da democracia participativa é, portanto, educativa; educativa no sentido mais amplo da palavra, tanto no aspecto psicológico quanto

¹⁹¹ PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 60-1.

no de aquisição de prática de habilidades e procedimentos democráticos.

O estabelecimento do novo processo denominado de democracia participativa busca envolver os cidadãos, mesmo aqueles que não tenham sequer alguma afinidade partidária, nas decisões que abranjam a coletividade e, de forma indireta - ou direta -, o direito individual de cada cidadão. Partindo da premissa evidente de que o cidadão, com o acesso aos meios digitais e aos meios tecnológicos cada vez mais presentes na vida cotidiana, vem criando um espírito crítico mais aguçado, não se contentando tão somente com agir estatal básico e trivial, imperioso que o sistema jurídico preveja o acesso irrestrito às informações das despesas públicas e dos resultados obtidos.

O alargamento do rol de direitos sociais também é outro fator que se soma ao discernimento cada vez mais apurado dos cidadãos acerca do que é certo e do que é melhor para a coletividade em termos de aplicação de verbas públicas. Aliado a isso, não se pode esquecer que o Brasil está entre os 15 países que mais conseguiram reduzir o déficit no IDH entre 1990 e 2012, uma trajetória que o coloca no grupo de “alto desempenho” em desenvolvimento humano. As conclusões são do “Relatório de Desenvolvimento Humano 2013 – Ascensão do Sul: progresso humano num mundo diversificado”, lançado na data de 14 de março de 2013 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)¹⁹².

Não resta dúvida que os dados analisados pela ONU levaram em conta todo o período de estagnação e retrocesso social vivido em nosso país no período pós-ditadura militar. Os retardos nos avanços de sua economia graças à escravidão e à ditadura somente começaram a ser revertidos depois que foi implantado o sistema democrático no Brasil. No entanto, embora estes dados oficiais sirvam como parâmetro de avaliação da atuação do Estado e dos resultados da execução das políticas públicas assistenciais, o Brasil ainda continua muito aquém das suas reais condições de desenvolvimento social, principalmente no que concerne à saúde pública e educação.

¹⁹² BRASIL melhora Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e supera crescimento de vizinhos latino-americanos, diz ONU. *Portal Planalto e ONU*, Brasília, 14 mar. 2013. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/imprensa/noticias-de-governo/brasil-melhora-indice-de-desenvolvimento-humano-idh-e-supera-crescimento-de-vizinhos-latino-americanos-diz-onu>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

O constante crescimento da arrecadação tributária deve vir acompanhado de uma política eficaz de aplicação e gerenciamento dos recursos públicos. Para tanto, necessário que o sistema político-jurídico preveja critérios metodológicos de aplicação, transparência e fiscalização dos destinos das verbas orçamentárias.

4.4 A democracia deliberativa

O modelo democrático ocidental tem como principal característica a deliberação e a negociação dos assuntos de interesse geral da coletividade através das casas legislativas. No entanto, diversos espaços para deliberação podem e devem ser explorados pelos cidadãos para fazer valer sua voz política não somente na hora do voto, mas também no decorrer dos mandatos dos representantes eleitos, principalmente quando envolvem assuntos de proeminência para a cidadania, como é o caso da saúde pública.

A relevância da democracia deliberativa ganha destaque ao devolver ao representado o direito de manifestar-se quanto a assunto que, na via ordinária, seria reservado somente pelos seus representantes eleitos. Isso amplia o poder de participação da sociedade instigando a interação dos diversos agentes em prol dos interesses comuns. Esse espaço de deliberação faz com que os representantes tenham em mente que o seu papel de protagonismo exercido no cenário político não é uníssono, nem intangível, devendo ser observado o que foi discutido e decidido na deliberação anterior.

Contribuindo para o estudo das formas alternativas de participação popular no processo de tomada de decisões de matérias que envolvem o interesse coletivo, Habermas trouxe à tona as características do sistema democrático deliberativo. Na sua visão, a operacionalização desse procedimento ideal de deliberação e tomada de decisão, ou seja, das políticas deliberativas, depende, segundo a teoria do discurso, da institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação, bem como da inter-relação de processos deliberativos institucionalizados com as opiniões públicas informalmente constituídas¹⁹³.

Nessa teoria, a legitimação do processo democrático deriva, portanto, dos procedimentos e dos pressupostos comunicativos da formação democrática da

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 21.

vontade e da opinião que, por sua vez, funcionam como canais para a racionalização discursiva das decisões do governo e da administração. Essa formação da vontade e da opinião democrática, vinculada ao poder administrativo, monitora o exercício do poder político e a realização de programas. Embora o fato de só o sistema político ter poder para agir enquanto subsistema especializado em tomar decisões vinculantes, as estruturas comunicativas da esfera pública reagem como sensores às pressões dos problemas que perpassam toda a sociedade e estimulam opiniões influentes. A opinião pública, transformada em poder comunicativo, segundo os procedimentos democráticos, não pode reger o sistema administrativo, mas pode direcioná-lo¹⁹⁴.

A imagem que Habermas nos oferece para explicitar os processos de comunicação e de decisão do sistema político é aquela que retrata uma relação do tipo centro-periferia. No centro, localiza-se a administração, o judiciário e a formação democrática da opinião e da vontade (parlamento, eleições políticas, partidos) que formam o núcleo do sistema político; na periferia, tomando como base o sistema de saúde, encontram-se as estruturas que exercem influência na postura adotada pelo sistema político, composta por associações formadoras de opinião, conselhos, entidades de classes, sindicatos, cooperativas¹⁹⁵.

Destaca-se aqui a atuação do Conselho Nacional de Saúde, que atua tanto como órgão fiscalizador quanto como órgão deliberativo nas matérias que envolvem saúde, seja no âmbito público ou privado. No exercício de suas atribuições de formulação e no controle da execução da Política Nacional de Saúde, os membros do Conselho emanam decisões que serão consubstanciadas em Resoluções homologadas pelo Ministro de Estado da Saúde. A atividade desenvolvida pelo Conselho é um claro exemplo de como a intervenção de membros do governo, em atuação conjunta com profissionais e cidadãos usuários pode contribuir para fortalecer o processo democrático de construção de políticas voltadas para o desenvolvimento social e humanístico.

Os postulados que caracterizam o procedimento democrático deliberativo são: (a) os processos de debate realizam-se de forma argumentativa, ou seja, através do intercâmbio regulado de informações e de razões entre partes que introduzem e,

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 23.

¹⁹⁵ FERES FARIA, Cláudia. *Democracia deliberativa*: Habermas, Cohen, Bohman. São Paulo: Lua Nova Revista de Cultura e Política, 2000. p. 49.

criticamente, examinam propostas; (b) as deliberações são inclusivas e públicas. Ninguém pode a princípio ser excluído; todos aqueles que são possivelmente afetados pelas decisões têm chances iguais para entrar e delas tomarem parte; (c) as deliberações estão livres de qualquer coerção externa. Os participantes são soberanos na medida em que só se encontram vinculados aos pressupostos da comunicação e às regras procedimentais de argumentação; (d) as deliberações estão livres de qualquer coerção interna capaz de afetar a igualdade dos participantes. Cada um deles tem oportunidade igual de ser ouvido, de introduzir tópicos, de fazer contribuições, de sugerir e criticar propostas. A tomada de posição sim/não é motivada somente pela força não-coercitiva do melhor argumento; (e) as deliberações objetivam, em geral, um acordo racionalmente motivado e podem ser, em princípio, desenvolvidas sem restrições ou retomadas a qualquer momento. As deliberações políticas, entretanto, devem ser concluídas levando em conta a decisão da maioria. Devido ao seu nexos interno com a prática deliberativa, a regra da maioria justifica o pressuposto de que a opinião falível da maioria pode ser considerada uma base razoável para uma prática comum até que a minoria convença a maioria do contrário; (f) as deliberações políticas abrangem todos os assuntos passíveis de regulação, tendo em vista o interesse igual de todos. Isto não implica, entretanto, que certos temas e objetos, tradicionalmente considerados "privados", não possam ser submetidos à discussão, em particular, aquelas questões que são publicamente relevantes, pois dizem respeito à distribuição desigual de recursos dos quais depende, de fato, o exercício dos direitos de comunicação e participação; (g) as deliberações políticas se estendem, também, à interpretação de necessidades e à transformação de preferências e posições pré-políticas. Aqui, a força consensual dos argumentos não se apoia apenas em um acordo sobre valores previamente desenvolvido nas tradições e formas de vida comuns¹⁹⁶.

O que Habermas oferece, portanto, é um modelo discursivo de democracia que não está centrado apenas no sistema político-administrativo encarregado de tomar as decisões vinculantes nem exclusivamente na sociedade. A democracia deve ser analisada a partir da relação entre esses dois polos: as decisões tomadas no nível do sistema político devem ser fundamentadas e justificadas no âmbito da

¹⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 29-30

sociedade, através de uma esfera pública vitalizada. O sistema político deve estar ligado às redes periféricas da esfera pública política por meio de um fluxo de comunicação que parte de redes informais dessa esfera pública, institucionaliza-se por meio dos corpos parlamentares e atinge o sistema político influenciando nas decisões tomadas¹⁹⁷. Para Habermas, o fluxo de comunicação entre a formação da opinião pública, as eleições institucionalizadas e as decisões legislativas visa garantir que influências, geradas pela publicidade e pelo poder produzido comunicativamente, sejam transformadas, através da legislação, em poder administrativamente utilizável¹⁹⁸. Seguindo essa premissa, as decisões que envolvem a adoção de políticas de saúde, antes de serem postas em prática, requerem a apreciação e participação dos órgãos periféricos, como forma de dar legitimidade ao agir estatal em consonância com os princípios da democracia deliberativa.

Tais decisões devem refletir a vontade coletiva organizada através da participação política em assembleias, reuniões, fóruns públicos e outros meios de exercício da cidadania, haja vista ser a esfera pública o local apropriado para a absorção, discussão e tematização dos problemas e desafios que afetam o conjunto da sociedade:

A esfera pública é um sistema de alarmes dotado de sensores que, embora não especializados, são sensíveis a toda sociedade. [Nesse sentido], ela deve reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a detectá-los e a identificá-los, devendo, além disso, problematizá-los de forma convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e tratados pelos complexos parlamentares¹⁹⁹.

Para Habermas, a capacidade para resolver os problemas é limitada, mas esta capacidade deve ser empregada para supervisionar o tratamento posterior desses problemas que têm lugar no interior do sistema político. A esfera pública funciona, portanto, como uma "caixa de ressonância" dos problemas que devem ser trabalhados pelo sistema político.

¹⁹⁷ FERES FARIA, Cláudia. *Democracia deliberativa: Habermas, Cohen, Bohman*. São Paulo: Lua Nova Revista de Cultura e Política, 2000. p. 52.

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 87.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 91.

É nesse cenário que o enfrentamento das questões envolvendo o acesso à saúde e o reconhecimento da participação popular junto aos órgãos jurisdicionais ganham papel de destaque, sendo merecedores de uma análise acerca do tema.

4.5 Judicialização da Saúde e Participação Popular

O papel de protagonista exercido pelo Poder Judiciário e pelo sistema jurídico na mediação das relações sociais, políticas e econômicas para garantir direitos fundamentais e conservar a democracia fortaleceu o fenômeno denominado doutrinariamente de juridicização ou judicialização da política.

No Brasil, a ampliação dos direitos sociais mediante previsão expressa no texto constitucional de 1988 materializou inúmeros direitos antes relegados ao plano político-formal, criando uma força normativa vinculante para todos os Poderes Estatais.

Clara Machado²⁰⁰, sintetizando os ensinamentos de Gunther Teubner²⁰¹, ressalta a existência de uma comunicação entre o direito e as relações sociais que admite, inclusive, a incorporação de instrumentos políticos, econômicos, científicos, dentre outros, ao subsistema jurídico, através do processo de juridicização:

Existem divergentes avaliações a respeito da repercussão do papel invasivo do direito nas instituições políticas. Há um eixo procedimentalista, representado por Jurgen Habermas e Antoine Garapon, em defesa de um Judiciário com poderes mais limitados, e um eixo substancialista, associado às obras de Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, que preconiza uma participação mais efetiva do Judiciário nas democracias contemporâneas.

²⁰⁰ MACHADO, Clara Cardoso. Juridificação da política no Brasil: uma necessária racionalização do fenômeno. *Ciências Sociais Aplicadas em Revistas*, Cascavel, v. 10, n. 18, p. 102, 2010.

²⁰¹ Prioristicamente, convém registrar que, as bases da teoria de Gunther Teubner, advêm de uma reflexão profunda e crítica do modelo de sistema proposto pelo sociólogo Niklas Luhmann, que vislumbrou o direito como um sistema autorreferencial fechado. A concepção do direito como sistema autopoietico está em consonância com a tipologia da sociedade pós-moderna, constituída por subsistemas (direito, política, economia, ciência, etc.) fechados, autônomos e autorreferenciais, cada qual com um modo de funcionamento particular, porém com interligações decorrentes da coexistência destes subsistemas em uma mesma sociedade. O subsistema jurídico, por exemplo, funciona a partir do código binário: legal/ilegal, que, em razão da interdependência com outros sistemas pode gerar reações autopoieticas com intercâmbio de informações. SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007. v. 1, p. 159.

Em um viés substancialista, Ronald Dworkin²⁰² imputa a transferência de questões políticas para o Poder Judiciário a fim de preservar e concretizar direitos individuais: “*Estou afirmando agora apenas que os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos*”. Conforme Dworkin, o deslocamento de conflitos políticos para o Judiciário exige que os litígios sejam solucionados com fundamentos jurídicos e não políticos, fazendo prevalecer os direitos dos cidadãos sob o prisma constitucional, afastando decisões que condizem com a atuação política.

É cediço que a meta e o alcance do bem-estar e justiça social, preconizados na Carta de Direitos, através do asseguramento dos direitos à prestação por intermédio do Estado, devem balizar as escolhas dos governantes e gestores. Não podem, neste contexto, os gestores, lançar mão do princípio da discricionariedade administrativa ou escolhas governamentais, sob o pálio da procuração popular outorgada através do voto²⁰³.

Sem o intuito de esgotar a matéria acerca da judicialização da saúde, que, em face da previsão constitucional de cobertura universal e atenção integral à saúde, submeteu o judiciário ao julgamento dos limites de acessibilidade na concessão de tratamentos, medicamentos e afins, o que se busca aqui é realizar uma análise do papel democrático desempenhado pela participação popular do desenvolvimento das políticas públicas de saúde, tanto na seara judicial como na seara político/administrativa.

Para Maria Célia Delduque²⁰⁴, a crise do atual sistema de saúde não se dá em face da pouca elasticidade do financiamento da saúde no Brasil, como ocorre na Europa, mas sim em decorrência de problemas estruturais:

Este ‘tudo para todos’ e a baixa capacidade administrativa dos gestores leva a falhas na cobertura e na atenção integral, levando um contingente imenso de pessoas ao Poder Judiciário, provocando iniquidade e colocando em risco a sustentabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS). Isso porque a demanda social por justiça não se

²⁰² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 27.

²⁰³ MACHADO, Clara Cardoso. Juridificação da política no Brasil: uma necessária racionalização do fenômeno. *Ciências Sociais Aplicadas em Revistas*, Cascavel, v. 10, n. 18, p. 104, 2010.

²⁰⁴ DELDUQUE, Maria Célia; CAYÓN, Joaquín de las Cuevas. *A mediação como alternativa à Judicialização da Saúde*. São Paulo, 8 jul. 2013. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2013/07/08/a-mediacao-como-alternativa-a-judicializacao-da-saude/>>. Acesso em: 28 jul. 2013. Blog Direito Sanitário: Saúde e Cidadania.

satisfaz só porque se obteve uma sentença sobre um caso, muitas vezes mal decidido e intempestivamente.

Não se pode negar que o Estado tem limitações e que as demandas de saúde são ilimitadas. Daí a tendência de judicialização, mais especificamente de judicialização da saúde, como observa Sandra Regina Martini Vial²⁰⁵:

Não é difícil identificar que, nesta sociedade, todos temos muito mais direitos do que podemos efetivamente gozar. A era da inclusão digital já existe, mas sua existência está fundada em situações paradoxais nas quais, muitas vezes, a inclusão se dá pela exclusão; a possibilidade de acesso ao direito de ter direito à saúde se dá, muitas vezes, não pelo sistema de saúde, mas pelo sistema judiciário, ou, ainda pior, por favores políticos ou de *amizade*. (grifo do autor).

Sob o mesmo viés, visando reforçar a legitimidade da atuação do poder judiciário nas questões que envolvem matérias de relevância para a nação, o sistema jurídico tratou de criar institutos que estimulassem a participação popular nos processos decisórios. A criação do instituto do *amicus curiae*, através da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999²⁰⁶, mais especificamente por intermédio do seu artigo 7º, parágrafo 2º, veio a consolidar e ratificar a força da participação popular nas diretrizes político-democráticas do nosso país. Ao prever a possibilidade de manifestação perante o Supremo Tribunal Federal de órgãos e entidades que não integram o processo de ação direta de inconstitucionalidade, o legislador brasileiro sedimentou a importância da participação popular no processo democrático brasileiro, reconhecendo, inclusive, a sua importância e influência sobre a maior instância do poder judiciário. O *amicus curiae* é uma figura no processo objetivo do controle concentrado de constitucionalidade, e diz-se objetivo, pois, ao contrário do controle difuso, o controle de constitucionalidade de ato normativo é marcado pelos traços da abstração, generalidade e impessoalidade; portanto, não é possível no processo objetivo defender ou tentar proteger interesses subjetivos.

²⁰⁵ VIAL, Sandra Regina Martini. Saúde: um direito fundado na fraternidade. *Saúde e Direitos Humanos*, Brasília, n. 5, p. 67, 2009.

²⁰⁶ Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 1º (VETADO) § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 nov. 1999.

Constituiu-se, assim, a regra que não se admite no controle concentrado a participação de terceiros, pois assim dispõe a clara redação do artigo 7º, *caput*, da supracitada lei. Porém, o parágrafo 2º do mesmo artigo permitiu que o relator do processo, tendo em vista a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo de 30 dias contado do recebimento do pedido de informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Logo, a norma estabeleceu como regra geral a inadmissibilidade da intervenção de terceiros no controle concentrado. Entretanto, cumpridas as exigências legais, poderá o relator do processo admitir a participação de órgão ou entidades no processo objetivo, permitindo, assim, a presença do *amicus curiae* na demanda.

Essa interferência de órgãos e entidades, com intuito de auxiliar os órgãos julgadores, encontra respaldo no mais puro espírito democrático e participativo. Seguindo essa premissa de participação popular nos processos judiciais de natureza relevante, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, convocou, em abril de 2009, a realização de audiência pública com a finalidade de discutir temas ligados diretamente à afetividade do sistema de saúde no Brasil, a saber: o acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário; a responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS; gestão do SUS – legislação do SUS e universalidade do sistema; registro na ANVISA e protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS; políticas públicas de saúde – integralidade do sistema; Assistência farmacêutica do SUS.

Na oportunidade, foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Os esclarecimentos prestados pela sociedade a esta Audiência Pública foram de grande importância no julgamento dos processos de competência da Presidência que versam sobre o direito à saúde, em especial os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nº 47²⁰⁷ (Judicialização da Saúde –

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de

responsabilidade solidária entes públicos) e nº 64²⁰⁸ (Registro de Patentes de Medicamentos), nas Suspensões de Tutela Antecipada nº 36²⁰⁹ (financiamento SUS transplante hepático nos EUA), nº 185²¹⁰ (Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos), nº 211²¹¹ (Benefícios em espécies e tratamentos de saúde) e nº 278²¹² (Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de

regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. SL 47 AgR/PE – Pernambuco. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17 mar. 2010. DJe-076 30 abr. 2010. Publicado em 30 abr. 2010.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar. As agravantes, Aventis Pharma S/A e Aventis Pharma Ltda, requereram a extinção desta SL nº 64 sem julgamento de mérito, pois no julgamento do Agravo de Instrumento nº 453.212-4, a 5ª Câmara de Direito Privado Tribunal de Justiça de São Paulo teria revogado a liminar que impedia a produção e comercialização do medicamento NEOTAXEL, de modo a autorizar a sua exploração pela QUIRAL QUÍMICA DO BRASIL S.A.. Nesses termos, julgo prejudicado do agravo regimental, em razão da perda superveniente de objeto do pedido de suspensão de liminar. Min. CEZAR PELUSO (Presidente), 16 mar. 2012. DJe-061 Publicado em 23 mar. 2012.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada. “(...) confirmo a medida liminar anteriormente concedida e JULGO a presente lide PROCEDENTE, dando PROVIMENTO aos pedidos do autor, determinando que os entes promovidos adotem as providências necessárias à viabilização do tratamento do menor, ARTUR BUCAR LAGES NOGUEIRA SANTOS, nos Estados Unidos, ou seja, determino que financiem a operação de transplante hepático, com as especificidades narradas na inicial, custeando também as despesas de deslocamento e estadia do menor e de um dos seus pais.”. STA 36/CE – Ceará. Min. Nelson Jobim, 21 nov. 2005. DJ Publicado em 27 nov. 2005.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada. “A decisão ora impugnada julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Federal e concedeu tutela antecipada, determinando à requerente que promova, no prazo de trinta dias, “todas as medidas apropriadas para possibilitar aos transexuais a realização, pelo Sistema Único de Saúde, de todos os procedimentos médicos necessários para garantir a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, conforme os critérios estabelecidos na Resolução nº 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina”, bem como edite ato normativo que preveja a inclusão desses procedimentos cirúrgicos na tabela de procedimentos remunerados pelo SUS (Tabela SIH/SUS).(...) Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução do acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS.”. STA 185/DF – Distrito Federal. Min. Ellen Gracie (Presidente), 10 dez. 2007. DJ Publicado em 14 dez. 2007.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada. “A União, com fundamento nos arts. 297 do RISTF, 4º da Lei 8.437/92, requer a suspensão da tutela antecipada proferida nos autos da Ação Ordinária n.º 2007.51.02.004398-7 (fls. 101/103), parcialmente confirmada pelo Desembargador relator do Agravo de Instrumento n.º 2007.02.01.013902-5, em tramitação perante o egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª. Região (fls. 150/152), para determinar que a requerente ‘assegure ao Autor a assistência integral destinada à obtenção do diagnóstico da sua doença, promovendo diretamente o pagamento dos exames indicados em favor da instituição de saúde italiana indicada na inicial – Fondazione I.R.C.C.S – Instituto Neurológico Carlo Besta’ (...) A ponderação dos valores em conflito, neste caso, portanto, leva ao indeferimento do pedido de contracautela, uma vez que a suspensão dos efeitos da decisão pode ocasionar danos graves e irreparáveis à saúde e à vida do paciente, parecendo indubitável, na espécie, o chamado perigo de dano inverso, a demonstrar a elevada plausibilidade da pretensão veiculada na ação ordinária, minando, em contrapartida, a razoabilidade da suspensão requerida.” STA 211/RJ – Rio de Janeiro. Min. Ellen Gracie (Presidente), 15 abr. 2008. DJ Publicado em 23 abr. 2008.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema

Medicamentos), e nas Suspensões de Segurança nº 2361²¹³, nº 2944²¹⁴, nº 3345²¹⁵ e nº 3355²¹⁶ (todas com objeto versando sobre Fornecimento de medicamentos e responsabilidade entes públicos), processos de relatoria da Presidência.

Veja-se, como exemplo, a decisão do Supremo Tribunal na Suspensão de Segurança nº 2944²¹⁷, relatada pelo então Presidente da Corte Ministro Gilmar

Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. *Judicialização* do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Rituximabe (Mabthera). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. STA 278 AgR/AL – Alagoas. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17 mar. 2010. DJe-076 29 abr. 2010. Publicado em 30 abr. 2010.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. *Judicialização* do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: ENBREL (Etanercepte). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. SS 2361 – Suspensão de Segurança/PE – Pernambuco. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17 mar. 2010. DJe-076 29 abr. 2010. Publicado em 30 abr. 2010.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. *Judicialização* do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Viagra(Citrato de Sildenafil). Tratamento de hipertensão pulmonar. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. SS 2944 – Suspensão de Segurança/PB – Paraíba. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17 mar. 2010. DJe-076 29 abr. 2010. Publicado em 30 abr. 2010.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. *Judicialização* do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: FORTÉO (teriparatida). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. SS 3345 – Suspensão de Segurança/RN – Rio Grande do Norte. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17 mar. 2010. DJe-076 29 abr. 2010. Publicado em 30 abr. 2010.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. *Judicialização* do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Clopidogrel 75 mg. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. SS 3345 – Suspensão de Segurança/RN – Rio Grande do Norte. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17 mar. 2010. DJe-076 29 abr. 2010. Publicado em 30 abr. 2010.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde

Mendes, envolvendo interpretação do art. 196 da Constituição Federal e a busca pela definição se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

Para tanto, em busca da decisão correta, o Ministro ressaltou a importância das experiências e os dados colhidos na Audiência Pública - Saúde, realizada naquele Tribunal:

Diante da relevância da concretização do direito à saúde e da complexidade que envolve a discussão de fornecimento de tratamentos e medicamentos por parte do Poder Público, inclusive por determinação judicial, entendo necessário, inicialmente, retomar o tema sob uma perspectiva mais ampla, o que faço a partir de um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte.

Passo então a analisar as questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, levando em conta, para tanto, as **experiências e os dados colhidos na Audiência Pública – Saúde**, realizada neste Tribunal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. (grifo do autor).

[...]

Mesmo diante do que dispõem a Constituição e as leis relacionadas à questão, o que se tem constatado, de fato, é a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade das decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, decisões estas nas quais se discute, inclusive, os critérios considerados para tanto.

Citou o referido Ministro que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é recorrente a tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais que tenham como objeto o fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgia e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros). Dando prosseguimento ao voto, o Presidente/relator adentrou na

pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. STA 175 AgR. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17 mar. 2010. DJe-076 29 abr. 2010. Publicado em 30 abr. 2010.

importância do tema ter sido discutido em Audiência Pública, servindo suas conclusões para nortear um novo olhar do judiciário sobre o tema.

Assim, levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, o Ministro relator convocou Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública, especialmente os gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Deste modo, com auxílio de *experts* no assunto²¹⁸, consumando o efetivo poder e importância da participação popular nos processos que envolvem matérias sociais relevantes, principalmente correlacionadas ao acesso à saúde, restou convalidada a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos em que se discute, primordialmente, a interferência do judiciário na esfera dos outros poderes.

A Audiência Pública auxiliou na elucidação e esclarecimento de que o primeiro dado a ser analisado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Seguindo a premissa adotada pelo Órgão

²¹⁸ No referido julgado, o Ministro Relator/Presidente chega a pontuar contribuições de especialistas, servindo as mesmas de lastro para a sua decisão: “Como esclarecido pelo Médico Paulo Hoff na Audiência Pública realizada, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las”.

Supremo, a decisão somente deverá assegurar a concessão da medida pleiteada se a pretensão de saúde já estiver incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Deste modo, o judiciário não estaria criando uma nova política pública, mas sim fazendo valer um direito subjetivo público do cidadão, obstado naquele momento pelo Estado, reconhecido, por sua vez, através do ordenamento judicial.

4.5.1 Os Limites do Reconhecimento do Direito à Saúde Perante o Supremo Tribunal Federal

O julgamento da Suspensão de Segurança nº 2944 serviu como norte interpretativo para questões de suma importância no que diz respeito ao reconhecimento e limites do Estado perante os cidadãos no que tange ao acesso à saúde.

O precedente evidencia a dicotomia entre uma situação em que o fornecimento do fármaco negado pelo poder público não se encontra disponível na lista avalizada pela ANVISA e quando a não prestação decorre de omissão legislativa/administrativa ou de uma decisão administrativa. Para o deslinde da questão, novamente a participação de terceiros se fez relevante, na medida em que a decisão foi baseada nos depoimentos prestados na Audiência Pública, dando conta de que é vedado a Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, uma vez que o seu cadastro é uma garantia à saúde pública.

Outra questão encarada no julgamento diz respeito ao não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS por falta de comprovação científica. Esta questão também foi resolvida tomando como base o auxílio das deliberações realizadas na Audiência Pública:

Nessa hipótese, pode ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no art. 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da 'Medicina com base em evidências'. Com isso, adotaram-se os

‘Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas’, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. (grifo do autor).

A preocupação da Corte Suprema em estabelecer marcos interpretativos para as questões que envolvam demandas judiciais que buscam resguardo na concretização do direito à saúde, na forma mais genérica possível, é fruto de uma simbiose de conhecimento que extrapola a seara jurídica e adentra nas questões clínicas e científicas.

O Supremo Tribunal Federal, embora tenha referendado a prevalência do fornecimento de tratamentos que estejam encampados pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, não pôde desconsiderar alguns aspectos de primeira relevância, como é o caso dos tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) e dos novos tratamentos ainda não testados pelo sistema de saúde brasileiro. Aliada a essa problemática, encontra-se a burocratização do sistema de registro de novos medicamentos e de novas técnicas procedimentais.

O Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

No entanto, não se pode descartar de forma sumária recomendações médicas, muitas vezes embasadas com estudos realizados no exterior ou atestados por profissionais especialistas de nível nacional ou internacional. É nesses casos que o juízo solipsista²¹⁹ encontra campo fértil e tende a aflorar nos julgadores e é

²¹⁹ Sobre o tema, recomenda-se a leitura das seguintes obras: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

onde o Supremo Tribunal Federal volta suas atenções na tentativa de impor limites, mesmo que de forma subjetiva, para nortear as decisões judiciais.

Partindo da premissa de que a gestão do Sistema Único de Saúde é calcada no princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, tendo como antinomia o fato de que os recursos para tanto são limitados, o desafio que se impõe é encontrar uma medida que corresponda à altura as expectativas dos atores sociais.

O Supremo, sabedor do desafio, ratificou o direito constitucional de acesso à saúde, desonerando a administração de custear todo e qualquer tratamento e medicamento receitado ao paciente. Impôs, sim, um cuidado redobrado na concessão de tratamentos e medicamentos que não estão ou encontram-se em desconformidade com o Protocolo do SUS. Dessa forma, concluiu o órgão supremo que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade do Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

Assim, resta evidente os benefícios que o fortalecimento do processo democrático deliberativo e a adoção dos Fóruns de Discussões e das Audiências Públicas trazem para o desenvolvimento das ações e políticas públicas de saúde. Tais institutos merecem especial destaque no cenário jurídico e social da sociedade contemporânea, eis que reconhecidamente vêm auxiliando os Poderes Executivo e Judiciário no enfrentamento de questões que dizem respeito a efetivação dos direitos sociais, em especial o acesso à saúde.

4.6 Instância Democrática: Fóruns de Discussões e Audiências Públicas e suas aplicações na saúde

Fóruns deliberativos agregam legitimidade no agir estatal na medida em que chamam pessoas para discutir questões de interesse geral da coletividade de forma não partidária e desvinculada de qualquer intuito financeiro, baseados apenas no suprimento dos anseios sociais. A deliberação tem como meta a criação de uma cultura diferenciada de discussão das questões que eram anteriormente de competência exclusiva dos circuitos formais de decisão.

Desenvolvem-se através de organizações paralelas ao Poder Público e visam influenciar de forma externa as decisões dos órgãos oficiais. Pode-se citar como exemplo as ONGs (organizações não governamentais), cujo método de cooperação flexível, independente e organizado permite escutar a voz e o clamor da “sociedade civil”, seja ela nacional ou mesmo internacional.

Os resultados destes debates realizados nos fóruns podem servir como uma espécie de válvula de pressão sobre os órgãos deliberativos oficiais ou, em caso de ignorância da opinião pública a respeito de determinado tema, como uma espécie de norte balizador, servindo de esteio para a tomada de decisões inerentes a determinada matéria. Diferentemente dos debates, os fóruns não visam obter vencedores e perdedores. Visam oportunizar aos interessados o exame acentuado de determinado enfoque, a partir de informações mais detalhadas estabelecidas em um processo de argumentação pública, buscando chegar a um senso de direção comum e compartilhado. Para isso, é essencial saber ouvir as razões dos mais diversos pontos de vista, mesmo que sejam completamente antagônicos.

Como exemplo de fóruns pode-se elencar o Fórum do Rio em 1992, os fóruns reunidos desde Seattle por ocasiões de diferentes cúpulas mundiais e o Fórum Social Mundial, cujas reuniões acontecem em paralelo às de Davos.

Outro método de incentivo à participação popular, instrumento que vem sendo utilizado frequentemente pelo legislador brasileiro como método de interação entre o administrador e o administrado, é a realização de audiências públicas para consulta democrática da opinião dos cidadãos. O objetivo da adoção dessa forma de intercomunicação social é a participação e o controle popular da Administração Pública no Estado Social e Democrático de Direito. Através da oitiva do particular, o Estado propicia a troca de informações com o administrador, fomentando o livre

exercício da cidadania, em respeito ao princípio do devido processo legal em sentido substantivo, haja vista a previsão legal. As principais características das audiências públicas são a oralidade e o debate efetivo sobre matéria relevante, mediante exposição da problemática e análise das hipóteses de solução dos conflitos sociais coletivos.

O instituto da audiência pública realiza a função administrativa dentro de um procedimento peculiar inerente a qualquer um dos Poderes da União, inclusive nos casos específicos que versam sobre saúde, meio ambiente, licitações e contratos administrativos, concessão e permissão de serviços públicos e agências reguladoras. Constitui, ainda, instrumento de realização da missão institucional do Ministério Público e subsídio para o processo legislativo e para o processo judicial nas ações de controle concentrado da constitucionalidade das normas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²²⁰ elenca alguns dispositivos que foram insculpidos na Constituição Federal e introduziram o princípio da participação popular como base para a solidificação do Estado Democrático de Direito, quais sejam os arts. 10, 187, 194, 194, VII, 198, III, 204, II, 206, VI e 216, §1º, além dos instrumentos de controle, como se vê, entre outros, no art. 5º, XXXIII, LXXI e LXXIII, e no art. 74, §2º. Essa participação do cidadão é implementada de várias formas, tais como a presença de ouvidores nos órgãos públicos, criação de "disque-denúncia", além das audiências públicas e consultas públicas.

Afora os ditames constitucionais, o sistema normativo brasileiro é composto de leis que estimulam a participação do cidadão no processo evolutivo das políticas públicas. Exemplo disso é a Lei 8.080/90, que trata especificamente da participação da comunidade no Sistema Único de Saúde. No entanto, embora haja previsão legal para participação do cidadão no processo decisório e evolutivo das políticas de saúde mediante atuação dos Conselhos de Saúde ou Conferências de Saúde, o desempenho destes órgãos merece constantes reavaliações e questionamentos. Não resta dúvida que se utilizados com os fins apropriados, tanto os Conselhos quanto as Conferências de Saúde podem servir como um importante elo entre a administração pública e os administrados. Todavia, não podem estes institutos servirem como um mero mecanismo burocrático que vise estritamente o

²²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 517-9.

cumprimento dos preceitos legais, sob pena de perder sua função democrática e institucional.

Com o intuito de promover a participação popular no processo decisório e fiscalizatório das ações e programas públicos, Evanna Soares cita que a audiência pública busca legitimar e dar transparência à decisão política. Cuida-se de uma instância no processo de tomada da decisão administrativa ou legislativa, através da qual a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer os reflexos dessa decisão tenham oportunidade de se manifestarem antes do desfecho do processo. É através dela que o responsável pela decisão tem acesso, simultaneamente e em condições de igualdade, às mais variadas opiniões sobre a matéria debatida, em contato direto com os interessados. Tais opiniões não vinculam a decisão, visto que têm caráter consultivo, e a autoridade, embora não esteja obrigada a segui-las, deve analisá-las segundo seus critérios, acolhendo-as ou rejeitando-as²²¹.

Embora o processo de consultas públicas através de audiências seja, por lei, necessário em diversas esferas do governo, envolvendo variados temas vinculados à administração pública, importante destacar as questões concernentes às audiências públicas vinculadas às políticas públicas de saúde.

O inciso III do art. 198 da Constituição Federal²²², inserto no Capítulo e Seção que trata Saúde e Seguridade Social, tratou de fazer jus ao princípio de participação democrática que enveredou as proposições do constituinte. Trouxe como diretriz fundamental para o desenvolvimento das ações e serviços públicos de saúde a participação da comunidade na busca por uma prestação eficaz que garanta o acesso universal e igualitário às políticas desenvolvidas em todo território nacional.

Desse modo, garantiu ao cidadão o direito de participar, mesmo que de forma indireta, do planejamento e estruturação das ações e políticas de desenvolvimento da área da saúde. Contudo, para dar cumprimento ao disposto na Constituição

²²¹ SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3145>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

²²² 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. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

Federal, necessário se fez a formulação de uma Lei que dispusesse a forma com que se daria a participação popular no âmbito das ações de saúde. Por força do disposto no § 3º do art. 198, a matéria deve ser regulamentada a cada 5 anos através de Lei Complementar. Em 13 de janeiro de 2012, a Presidente da República sancionou a Lei Complementar 141, que prevê em seu art. 31 normas acerca da transparência e visibilidade da Gestão Pública:

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.

Parágrafo único. A transparência e a visibilidade serão asseguradas mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante o processo de elaboração e discussão do plano de saúde.

A obrigatoriedade de publicizar a prestação de contas e a avaliação conclusiva dos Conselhos de Saúde sobre a gestão do Sistema Único de Saúde, bem como incentivar a participação popular através de realização de audiências públicas durante o processo de elaboração e discussão do plano de saúde, vem ao encontro do espírito do constituinte que fez constar na Constituição a previsão de participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde.

Embora os efeitos gerados com a aplicação da norma tenham caráter duvidoso, não se pode negar que o legislador empreendeu esforços para que o cidadão tivesse acesso aos dados de aplicação das verbas públicas. No entanto, o que se verifica na prática é que a alta complexidade contábil e a densidade dos relatórios apresentados aos Conselhos impõem limites de interpretação ao cidadão comum, não especializado. Isso porque, tomando como base o conhecimento básico de um homem médio, portando escasso discernimento sobre normas de contabilidade, pode-se concluir que esse enfrentará imensas dificuldades para analisar um relatório de aplicação de verbas, quiçá fazer julgamento ou análises críticas, prejudicando o senso comum de fiscalização.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, identificando essa dificuldade e visando propiciar o amplo e irrestrito acompanhamento por parte dos contribuintes das aplicações das verbas públicas no âmbito da saúde, em setembro de ano de 2011 disponibilizou à sociedade uma lista contemplando todos os municípios do estado do Rio Grande do Sul, por ordem de proporções de investimentos no últimos 5 anos na área da saúde de acordo com a sua arrecadação²²³. Através do sítio oficial do TCE/RS, o contribuinte pode acompanhar o investimento anuais do Estado e do seu Município nas áreas da saúde e educação, bem como comparar o investimento com os demais municípios da sua região ou, ainda, cotejar a acréscimo de investimentos comparados com o ano anterior²²⁴.

Tais medidas ofertam ao administrado um poder de controle que antes do incremento da ampla publicização por meio eletrônico, em especial por intermédio da internet, não existia. Tendo acesso aos dados, de forma objetiva, clara e cristalina, o cidadão pode realizar cobranças perante a administração municipal e estadual dando conta do porquê os investimentos em determinadas áreas não correspondem à necessidade da comunidade. Essa espécie de controle serve da mesma maneira para que o administrado possa identificar se a quantidade de recursos e seus percentuais de gastos comparados com a arrecadação coadunam com a eficiência dos serviços prestados. Ou seja, o simples fato de um Município ocupar as primeiras posições com relação ao percentual de investimento comparado à sua arrecadação não garante que o serviço esteja sendo prestado de maneira eficiente, que atenda a finalidade precípua da administração. Não basta gastar muito, tem de gastar bem e na proporção necessária para atendimento da necessidade de cada cidade de região; esse é o desafio imposto aos administradores públicos em geral.

Metodologias como essa aproximam o administrado dos administradores, rompendo o paradigma de que a democracia representativa resume-se ao direito ao voto, desprovido de acompanhamento do mandato por ele outorgado. Não se pode olvidar que os Municípios encontram-se no primeiro degrau do escalonamento dos

²²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Contas do Estado. *Aplicação de recursos na saúde nos últimos cinco anos - 2006 a 2010*: (proporcionalmente ao seu orçamento). Porto Alegre, 2010. Disponível em: <https://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/textos_diversos_pente_fino/ Aplicacao_%20Saude2006_2010_0.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013.

²²⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Contas do Estado *Saúde*. Porto Alegre, 199. Disponível em: <[http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=20001:80:3169612299645751::: >](http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=20001:80:3169612299645751:::). Acesso em: 30 mar. 2013.

entes públicos responsáveis pelo cumprimento dos preceitos previstos pela Constituição Federal, em especial no que concerne aos direitos sociais e, no caso aqui sob análise, ao direito à saúde. Com isso, a cobrança por parte dos cidadãos perante os agentes políticos responsáveis pela administração municipal ocorre de maneira mais direta e veemente, eis que os efeitos no déficit de atendimento serão sentidos prontamente pela administração municipal, que está à porta do contribuinte.

O desafio de disponibilizar meios para que a sociedade participe do progresso e da difusão das políticas públicas é tema recorrente nas doutrinas e nos meios acadêmicos e sociais. Propiciar aos cidadãos o direito de exercer plenamente a democracia, participar efetivamente das decisões que envolvam o desenvolvimento das políticas públicas, além de fortalecer a democracia, evidencia uma tendência contemporânea mundial. A postura da sociedade frente aos avanços tecnológicos e a propagação dos acontecimentos noticiados instantaneamente em rede mundial colocam o poder público frente a novos paradigmas, nos quais a difusão de informações cria um espírito crítico aguçado entre os administrados.

A transparência dos gastos e investimentos públicos, aliada a um sistema jurídico-normativo que garanta respaldo à prática da boa governança coibindo desvios de condutas e de recursos públicos poderão fazer com que o Brasil alcance novos patamares no que se refere a igualdade social e disponibilização dos serviços básicos sociais de qualidade, em especial no que tange aos serviços de saúde. As coalisões políticas estão permeadas no processo democrático, devendo ser absorvidas pelo sistema como forma de proporcionar a execução das políticas públicas efetivas.

5 CONCLUSÃO

A eficiência das políticas públicas e o resguardo dos direitos fundamentais são temas seculares que desafiam juristas, sociólogos e filósofos na busca de metodologias capazes de impor barreiras para os desvios de condutas por parte dos gestores públicos e servidores quando do exercício de suas funções. O desafio imputado ao Poder Público de atender às perspectivas trazidas pelo constituinte de 1988 quando da fixação do alargado rol de direitos sociais, não isenta os cidadãos da responsabilidade de participação ativa no processo de tomada de decisões envolvendo o desenvolvimento de ações e programas públicos, tampouco os desincumbe da fiscalização acerca da sua aplicação, no afã de conferir efetividade ao agir estatal.

A estruturação do sistema político e social com base na participação ativa do povo nos projetos desenvolvidos pelo poder público, além de ser salutar ao processo democrático, consolida uma realidade cada vez mais instigada pelo sistema normativo, fruto de transformações sociais na busca por atuações que representem a vontade geral da nação e concedam maior legitimidade no seu agir estatal.

Para tanto, imprescindível que o sistema político e jurídico proporcione meios que possibilitem a participação popular no desenvolvimento dos planos de governo propostos pelos gestores na apresentação de suas intenções governamentais. Em um contexto social, no qual o cidadão possui liberdade para expressar seus ideais de maneira irrestrita e cada vez mais ágil, principalmente através da internet, é possível extrair a conclusão que a disponibilização das informações de maneira, clara, objetiva e transparente se torna requisito indispensável para a afirmação do verdadeiro Estado Democrático.

Conforme restou consolidado no transcurso do presente trabalho, a adoção de métodos que assegurem a transparência administrativa e incentivem a participação popular proporcionam à sociedade instrumentos para fiscalizar e exigir uma Administração Pública comprometida com a materialidade de suas ações e, portanto, mais aberta, próxima, racional e responsável. Tais condutas, além de estimular a participação do povo no processo de tomada de decisões, tendem a combater o problema de desapego cultural da sociedade brasileira relacionado a efetivação do controle social e acompanhamento do desenvolvimento das políticas públicas e do comportamento dos seus gestores quando do trato dos bens e

interesses coletivos, na tentativa de suplantar a problemática estabelecida no preâmbulo introdutório do presente trabalho.

A aproximação do administrado na execução do plano de ações estatais concede legitimidade ao agir dos gestores públicos, suplantando o conceito de legitimidade representativa constituída única e exclusivamente pelo voto popular. É o caso das consultas populares, audiências públicas, conselhos de políticas públicas, fórum de discussões, plebiscitos e referendos. A utilização de tais institutos proporcionam aos cidadãos a opção de escolher ou deliberar acerca da adoção dos melhores procedimentos a serem utilizados quando a matéria envolve a execução de ações ou programas públicos de interesse geral da nação.

Sob o viés do Direito Sanitário, buscou-se, no presente estudo, identificar os principais desafios e os maiores problemas vivenciados pela sociedade contemporânea no controle de gestão pública. Realizando um apanhado sobre os aspectos materiais da dignidade da pessoa humana e dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no que diz respeito ao controle dos atos discricionários, principalmente no que tange ao processo de escolha das políticas públicas que têm como meta assegurar os direitos básicos à saúde, identificou-se que a boa governança, além de se transformar em um direito do cidadão, passou a ser encarada como um dever de quem esteja incumbido de gerir as contas públicas.

Tendo como base a dignidade da pessoa humana, o direito universal e integral de acesso à saúde, consolidado pelos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, ganha conotações democráticas quando repassa aos cidadãos a possibilidade de participar e fiscalizar o desenvolvimento das ações e programas de saúde, fomentando a criação de um ambiente propício para a identificação das precariedades e atendimentos das necessidades de cada região.

Para que os objetivos almejados no texto constitucional não passem de mera previsão abstrata, o Brasil necessita estreitar cada vez mais o liame existente entre os administrados e os administradores. Isso se deve, principalmente, ao fato do Brasil possuir uma enorme extensão territorial e uma vasta diversidade cultural, o que propicia desigualdades sociais em diferentes graus de abrangência, de acordo com cada região do país. Assim, para a resolução da problemática imposta pelo presente trabalho, principalmente no que tange a disponibilização do sistema jurídico de instrumentos para a realização do efetivo controle social, a descentralização do poder decisório torna-se um grande trunfo para o desenvolvimento das políticas

públicas e integração social entre administrador e administrado. Dando ênfase à atuação local e personalíssima de cada região, torna-se possível a identificação pontual das reais necessidades da população, podendo combater especificamente os principais déficits sociais, possibilitando o acréscimo de qualidade de vida para a população e melhorando os índices de desenvolvimento humano.

A ação política e os interesses privados na elaboração e avaliação das políticas públicas em detrimento de outros fatores, a resistência dos gestores em aceitar e incorporar o princípio constitucional da participação popular nos processos de elaboração e avaliação das políticas públicas de saúde, fazendo prevalecer seus ideais pessoais ou partidários, colocam em cheque o sistema democrático participativo. A falta de publicização das ações dos Conselhos de Saúde e a sua burocratização com a finalidade única e exclusiva de cumprimento formal da lei, também avançam contra o desenvolvimento das políticas públicas de saúde baseadas na participação do povo.

É nesse cenário que a transparência das ações e dos gastos públicos ganha relevância. A visibilidade das contas públicas favorece a acessibilidade e a possibilidade de controle dos atos públicos pela via popular. No exercício da democracia republicana, o controle dos gastos públicos e a responsabilidade dos agentes e funcionários públicos devem estar atrelados um ao outro, ficando o administrador sujeito a publicização dos seus atos toda vez que a lei não indicar conduta precisa.

A democracia participativa, seja através do acesso à informação, seja pela participação cidadã na gestão da coisa pública, como forma de minimizar os espaços alocados ao caráter sigiloso da atividade administrativa, habitat propício da ineficiência, do arbítrio e da imunidade do poder, consolida uma eficaz forma de alcançar a concretização dos direitos sociais, ressaltado o direito à saúde previsto constitucionalmente. A busca pelo acesso à saúde de forma transversal e efetivadora de uma ampla e irrestrita participação popular consolida a forma como a denominada democracia sanitária vem ganhando força no cenário jurídico contemporâneo, contribuindo para solucionar o apontado problema de déficit de participação do povo nas questões de maior relevância para a nação.

Também mereceu destaque no presente trabalho a tendência do poder político em transferir ao judiciário a responsabilidade sobre decisões envolvendo as políticas de saúde desenvolvidas em todas as esferas de governo, o que aumenta o

déficit de legitimidade da própria instância política, que parece incapaz de arbitrar os diversos interesses sociais em conflitos. Mesmo que não esteja, ordinariamente, dentre as funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, o encargo vem sendo exercido em prol da eficácia e da integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Logo, buscou-se estudar a forma como o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, vem enfrentando esta temática.

O posicionamento do Supremo órgão jurisdicional no sentido de reconhecer a obrigação do Poder Judiciário de zelar pelo cumprimento das promessas constitucionais quando o Poder Executivo deixar de implementar políticas públicas que venham a comprometer direitos individuais ou coletivos coloca os órgãos jurisdicionais no centro epistemológico do estudo envolvendo o acesso universal à saúde.

Embora o sistema jurídico esteja recostado em diversas leis e regramentos que tratam exclusivamente de assuntos relacionados com a promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil, o que se verifica na prática é que o sistema de saúde não vem disponibilizando a contento os serviços de que a população necessita. O direito à saúde exige do Estado a organização de uma rede de serviços públicos de saúde eficazes para sua promoção, proteção e recuperação. Essa rede de serviços públicos deve ser apta a oferecer serviços diversos e de complexidade variada, tais como a organização de políticas de vigilância em saúde, a construção e manutenção de postos de saúde e hospitais, a adoção de programas de vacinação, a contratação de médicos e outros profissionais de saúde necessários para a prestação dos serviços públicos de saúde.

No entanto, seguindo a teoria sistêmica de Luhmann, a saúde, por se tratar de algo não estático, estando em constante mutação e evolução, deve ser integrada com os demais sistemas sociais, culturais, científicos, econômicos, dentre outros. Por tal razão, a execução das políticas públicas não pode ser desvinculada de outros aspectos relevantes, como é o caso da finitude das verbas orçamentárias, em aplicação da teoria da reserva do possível, temas que foram expostos e debatidos no decorrer do trabalho.

Embora o texto constitucional de 1988 tenha previsto que o Sistema Único de Saúde seja financiado e gerido pelo Poder Público, a prática usualmente adotada

pelo Direito Sanitário brasileiro fez prevalecer a possibilidade da iniciativa privada participar de forma complementar nas ações e serviços de saúde. Todavia, a participação deve vir acompanhada de regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos do art. 197 da Constituição Federal.

Conforme regramento, tais políticas devem coadunar de maneira sistêmica com as ações praticadas diretamente pelo Poder Público, em uma verdadeira unidade de sentido. Deve, portanto, seguir os critérios estabelecidos pelo Plano Nacional de Saúde, cuja participação do povo através de Conselhos se torna imprescindível para a materialização do papel de participação popular no processo de construção das políticas públicas.

Fazendo prevalecer uma tendência mundial de descentralização do poder de difusão dos serviços essenciais, a Constituição procurou de forma integrada realizar a desejada reforma sanitária e cumprir com os preceitos que proporcionassem à população uma condição de vida digna. Para tanto, tratou de possibilitar aos governantes a busca de soluções junto ao setor privado para atendimento dos anseios sociais. Nesses acordos políticos, a liberdade da iniciativa privada foi inserida na Constituição tanto quanto a supressão da expressão “são de natureza pública as ações e serviços de saúde”, que passaram para “são de relevância pública as ações e serviços de saúde”.

Neste sentido, se fez importante referendar o caso concreto de descentralização do poder, no qual o judiciário reconheceu a legalidade de atuação conjunta entre entes federados, no caso o Município de Rolante, e pessoas jurídicas de direito privado – fundação hospitalar. A análise do caso concreto possibilitou ao leitor a demonstração da aplicação do texto constitucional abstrato, enfatizando os desafios vivenciados cotidianamente pelos gestores públicos quando do exercício de suas funções com relação à execução de políticas públicas de saúde.

Foram expostos os desafios do sistema de saúde e a forma como governo federal vem enfrentando a temática, principalmente com relação ao déficit de profissionais médicos. Tendo como base um esclarecedor estudo realizado pelo Conselho Federal de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), denominado *Demografia Médica no Brasil – Volume II – Cenários e Indicadores de Distribuição*, analisou-se os dados de evolução do quadro médico com relação ao crescimento da população, concluindo-se que o aumento persistente do efetivo médico, por si só,

não beneficia de maneira homogênea todos os cidadãos brasileiros, pois uma série de fatores conduz à heterogeneidade do fluxo de médicos no território nacional.

A distribuição dos médicos no território nacional também foi abordada no presente estudo, enfatizando a discrepância do número de médicos nas diferentes regiões do país, que podem chegar a índices médico/habitante quase quatro vezes menor que a média do país, ficando semelhante à de países africanos. Partindo do estudo desenvolvido pelo Conselho Federal de Medicina do Estado de São Paulo, pôde-se averiguar o déficit de profissionais médicos em exercício no Brasil quando comparados com o número de profissionais disponível em alguns países desenvolvidos da Europa. Em geral, existem duas vezes mais médicos na Europa que no Brasil, o que demonstra a disparidade entre a situação no Brasil e nas economias desenvolvidas.

Com o auxílio da metodologia empírica, pôde-se concluir que, embora alguns se filiem a ideia de que a supressão do déficit de médicos se dá somente com a abertura de novas vagas nos cursos de medicina, o que se vislumbra no atual cenário institucional é outra realidade. A autorização de novos cursos e mais vagas de Medicina devem vir acompanhada de um aumento de qualidade da graduação e da disponibilização de novos cursos de residência – especialização médica. A criação de novos cursos e vagas, sem o devido investimento em aperfeiçoamento dos profissionais de medicina, não solucionará o déficit de atendimento do Sistema Único de Saúde. Isso porque um médico, sem a devida capacitação especializada, servirá apenas na qualidade de prescritor sintomático e antiparasitário, não suprimindo a demanda de saúde existente, na medida em que apenas encaminhará os pacientes aos grandes centros para tratamento especializado, aumentando a fila de espera por tais atendimentos. Isso sem falar na elevação do altíssimo custo de tratamentos e exames especializados desnecessários, fruto de encaminhamentos advindos de profissionais não qualificados.

Há que se frisar que, embora o presente trabalho tenha utilizado dados empíricos oriundos de pesquisa efetuada com a classe médica, a consecução das políticas públicas de saúde se dá de forma muito mais ampla, eis que envolve uma enorme gama de outros profissionais, tais como psicólogos, dentistas, fisioterapeutas, nutricionistas, dentre outros. Assim, a problemática envolvendo as carências do Sistema Único de Saúde deve ser encarada na sua mais ampla

concepção, envolvendo todas as categorias profissionais que atuam na rede pública de saúde.

No que se refere à participação do povo no processo de execução das políticas públicas, com base na hipótese proposta, foi analisada a participação da comunidade na construção dos negócios públicos como fator de sua legitimidade, orientada tanto pelo princípio democrático quanto pelo princípio da transparência, suplantada a noção formal de democracia representativa. O espírito crítico e reacionário criado pelos movimentos sociais, difundidos principalmente pela internet, fez com que o povo brasileiro passasse a adotar um *espírito crítico virtual*.

A transformação dessa nova forma de manifestação de pensamentos em ferramenta destinada ao controle social e de participação no processo de tomada de decisões e fiscalização da atuação estatal deve ser encarada como uma realidade consolidada, uma vez que a sociedade em rede não é a sociedade emergente da *Era da Informação*; ela já configura o núcleo das nossas sociedades. Assim, pode-se concluir que o controle social deve ser encarado como a forma democrática mais efetiva de combate de desvios de conduta dos gestores públicos, confirmando a hipótese ventilada no decorrer do presente trabalho.

A reversão de eventuais malefícios ocasionados pela tecnologia digital, info-exclusão/isolamento social, vigilância constante, redução de empregos, perpassa pela sua utilização em prol do interesse comum e coletivo na busca de soluções para os diversos problemas políticos e sociais que permeiam a sociedade, ampliando o espírito crítico e participativo dos cidadãos comuns. Seguindo a premissa de que a opinião pública sofre enorme influência dos meios de comunicação, sendo estes capazes de alterar a realidade social, os avanços tecnológicos ganham cada vez mais importância no processo de consolidação da democracia e do poder de controle das ações públicas que dão suporte ao desenvolvimento dos programas governamentais. Todavia, cabe ao sistema jurídico prover o acesso aos dados públicos através de instrumentos sintetizados e de fácil entendimento por qualquer cidadão, instigando o espírito crítico/participativo do administrado.

Comprovando o propósito do constituinte em transformar e instigar o estabelecimento da efetiva democracia participativa, tal como ocorre nas hipóteses de referendo, de plebiscito, dos fóruns de discussões e das audiências públicas, o Supremo Tribunal Federal adotou o instituto do *amicus curiae* para auxiliar o

processo de decisão acerca dos limites de tratamentos e de fornecimento de medicamentos. Na oportunidade, a Corte Suprema convocou uma audiência pública para tratar do tema envolvendo o acesso à saúde pública, principalmente para abordar o tema políticas públicas de saúde, a burocracia e demora da inserção dos novos fármacos e técnicas procedimentais no sistema de registro da ANVISA.

Ao prever a possibilidade de manifestação perante o Supremo Tribunal Federal de órgãos e entidades que não integram o processo de ação direta de inconstitucionalidade, o sistema normativo sedimentou a importância da participação popular no processo democrático brasileiro, reconhecendo, inclusive, a sua influência e importância sob a maior instância do poder judiciário. Instrumentos como esse estimulam e consolidam a democracia no país, conduzindo a sociedade a uma maior integração com os problemas coletivos e difusos.

Incitando a prática democrática da participação popular, na oportunidade, foi possibilitada a manifestação de vários segmentos da sociedade que mantêm correlação direta com o tema. Essa interferência de órgãos e entidades, com intuito de auxiliar os órgãos julgadores, encontra respaldo no mais puro espírito democrático e participativo, consagrando a prática de controle social inclusive perante o maior órgão jurisdicional da República Federativa do Brasil.

O controle exercido pela sociedade civil organizada, através de participação nos processos decisórios e fiscalização dos atos de governo, traduz-se na mais efetiva e democrática forma inclusão social nas políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, fortalecendo o processo de integração social e adequando-se à necessidade hodierna.

Isso ocorre de forma coletiva, através da apropriação de processos, participação na deliberação, fiscalização das ações estatais, avaliação crítica, (re)orientando as ações e prioridades do Estado, tendo como objetivo o alcance das metas estabelecidas pelas políticas públicas que gerem os melhores resultados em termos de bens e serviços à população. A qualidade do controle social depende do nível do ambiente democrático e de condições de participação cidadã, estando vinculada, ainda, ao clima de (des)confiança em relação ao Estado quanto à sua capacidade de responder a necessidades e demandas da sociedade. Para tanto, exige-se da sociedade civil organizada capacidade para interferência na gestão pública e, sobretudo, habilidade das organizações civis e lideranças comunitárias em envolver e estimular ao máximo o processo participativo.

A disponibilização de dados e informações necessárias, de simples acesso e compreensão, proporcionará que os cidadãos comuns se unam aos órgãos fiscalizadores e, em conjunção de esforços, exerçam uma transformação social baseada no mais puro espírito democrático, primando pela plena, efetiva e universal concretização do acesso à saúde, materialmente previsto no texto constitucional e precariamente aplicado na prática.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do direito sanitário no Brasil. COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). *O direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: Cead/UNB, 2008. v. 4.

_____. A saúde como um direito de todos e dever do Estado: o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário na efetivação do Direito à Saúde no Brasil. In: AITH, Fernando et al. (Org.). *Direito sanitário: saúde e direito, um diálogo possível*. Belo Horizonte: ESP-MG, 2010.

_____. *Manual de direito sanitário*. [S.l.], 2013. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_direito_sanitario.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2013.

AMIGO, Aurora Arnaiz. Fines de Estado. *Justitia*, São Paulo, v. 36, n. 87, p. 173, 1974.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

ARNAUD, André-Jean; CAPELLER, Wanda. Cidadania e direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: Cead/UNB, 2008. v. 4.

BECK, Ulrich. *Perspektiven der Weltgesellschaft* Frankfurt, 1998,

_____. *Risikogesellschaft. auf dem weg in eine andere moderne*, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1986 Trad. Cast.: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona/Buenos Aires/México, 1998.

_____; GERNSEIN, Elisabeth Beck. *Amor a distancia: nuevas formas de vida en la era global*. 1. ed. Buenos Aires: Paidós, 2012.

BOBBIO, Norberto. A teoria do Estado e do poder em Max Weber. In: _____. *Ensaios escolhidos*. São Paulo: C.H. Cardim, 1988. p. 172.

_____. *O futuro da democracia*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 103.

BRASIL melhora Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e supera crescimento de vizinhos latino-americanos, diz ONU. *Portal Planalto e ONU*, Brasília, 14 mar. 2013. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/imprensa/noticias-de-governo/brasil-melhora-indice-de-desenvolvimento-humano-idh-e-supera-crescimento-de-vizinhos-latino-americanos-diz-onu>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. Decreto 3.327, de 5 de janeiro de 2000. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 06 jan. 2000.

_____. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 nov. 1999.

_____. *Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acesso em: 13 jun. 2013.

_____. Medida Provisória 621, de 08 de julho de 2013. Institui o Programa Mais Médicos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 09 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45*. Relator: Min. Celso de Mello, publicada no DJ de 04 de maio de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 607381 AgR/SC- Santa Catarina*. Relator: Min. Luiz Fux, publicada no DJ de 17 de junho de 2011.

BRECHT, Bertolt. *Os que lutam*. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/NjY0Nzc/>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. *Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”*. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, n. 189, p. 118, jul./set., 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v 1.

CAMACHO, Emilio. *Lecciones de derecho constitucional*. Asunción: Intercontinental, 2007. v. 2.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. p. 155.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). *A sociedade em rede: do conhecimento à ação política*. Lisboa: Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 2.0 License, 2005. p. 19-20. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2013.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 9. ed. São Paulo: Ática, 1997.

- CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009.
- COHN, Amélia. A reforma sanitária brasileira após 20 anos do SUS: reflexões
Reflections on Brazilian National Health Reform after 20 years of experience with the
Unified National Health System. *Cad. Saude Publica*, [S.l.], v. 25, n. 7, 2009.
- CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS). *História do CNS*. Brasília, DF, 2013.
Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/historia.htm>>. Acesso
em: 11.jun. 2013.
- CORTES, Soraya Maria Vargas. Construindo a possibilidade de participação de
usuários: conselhos e conferências no Sistema Único de Saúde. *Sociologias*
(UFRGS), Porto Alegre, v. 7, , p. 18-49, 2002.
- COSTA, Luiza Aparecida Teixeira; GUILHEM, Dirce. Educação em saúde. In:
COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução
crítica ao direito à saúde*. Brasília: Cead/UNB, 2008. v. 4.
- COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade
administrativa. *Justitia*, São Paulo, n. 145, jan./mar. 1989.
- DALLARI, Adilson Abreu. Administração pública no estado de direito. *Revista
Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 5, 1994.
- DELDUQUE, Maria Célia; CAYÓN, Joaquín de las Cuevas. *A mediação como
alternativa à Judicialização da Saúde*. São Paulo, 8 jul. 2013. Disponível em:
<[http://blogs.bvsalud.org/ds/2013/07/08/a-mediacao-como-alternativa-a-
judicializacao-da-saude/](http://blogs.bvsalud.org/ds/2013/07/08/a-mediacao-como-alternativa-a-judicializacao-da-saude/)>. Acesso em: 28 jul. 2013. Blog Direito Sanitário: Saúde e
Cidadania.
- DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: RESENDE DE BARROS,
Sérgio; ZILVETI, Fernando Aurélio (Org.). *Direito constitucional – estudos em
homenagem a Manoel Gomes Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 151-62.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas,
2002.
- _____. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São
Paulo: Atlas, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo:
Martins Fontes, 2001.
- EXAME do Cremesp. Resolução nº 239 torna obrigatória a avaliação para o registro
profissional . São Paulo, 28 jul. 2012. Disponível em:
<<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=2568>>. Acesso em: 03.jul.
2013.
- FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Dott A. Guiffré, 1953.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERES FARIA, Cláudia. *Democracia deliberativa: Habermas, Cohen, Bohman*. São Paulo: Lua Nova Revista de Cultura e Política, 2000.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FREITAG, Bárbara. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. *Tempo Social*. Revista de Sociologia, São Paulo, v. 1. n. 2, p. 7-44. 2. sem. 1989.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

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

GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2003. (Coleção Questões da Nossa Época, v. 84).

GONZÁLES, Rodrigo Stumpf. Novos espaços da democracia no Brasil: a participação popular na definição do orçamento público. In: GONZÁLES, Rodrigo Stumpf (Org.). *Perspectivas sobre participação e democracia no Brasil*. Ijuí: Unijuí, 2007.

GUTIERREZ, M. et al. Perfil descriptivo-situacional del sector de la promoción y educación en salud: Colombia. In: AROYO, H. V.; CERQUEIRA, M. T. (Ed.). *La Promoción de la salud y la educación para la salud en America Latina: un análisis sectorial*. Puerto Rico: Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

_____. *L'enfance public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*. Paris: Payot, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*. Granada: Comares, 2002.

KLEINDIEK, Ralf. *Wissenschaft Und Freiheit in Der Risikogesellschaft: Eine Grundrechtsdogmatische Untersuchung Zum Normbereich*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* -(Neo)constitucionalismo ontem, os códigos; hoje, as Constituições, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 33-78, jan./dez. 2004.

LIMBERGER, Têmis. As novas tecnologias e a transparência na administração pública: uma alternativa eficaz na crise dos controles clássicos do Estado, a fim de viabilizar a concretização de direitos. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz;

ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Transparência na gestão fiscal e efetividade: a importância da cultura constitucional e orçamentária*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOUREIRO, João. Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência – algumas questões juspublicistas. *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, Coimbra, v. 61, 2000.

LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1997.

MACHADO, Clara Cardoso. Juridificação da política no Brasil: uma necessária racionalização do fenômeno. *Ciências Sociais Aplicadas em Revistas*, Cascavel, v. 10, n. 18, 2010.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista Interesse Público*, São Paulo, n. 07, jul./set. 2000.

MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Garnier Frères, 1869.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz;

- MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MORALES, Hernan Duran. *Aspectos conceptuales y operativos del proceso de planificación de la salud*. Santiago do Chile: Publicaciones de las Naciones Unidas, 1989.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*: legislativa, administrativa e judicial. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo e princípio da eficiência. SUNDFELD, Carlos Ari e MUÑOZ, Guilherme Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MORÓN, Miguel Sánches. *Discrecionariad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 13.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006.
- OLIVEIRA, Adriane Stoll de. A codificação do direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3549>>. Acesso em: 21 set. 2013.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- OMS alerta para o baixo número de médicos no Brasil. 20 maio 2013. Disponível em: <<http://ultimo segundo.ig.com.br/brasil/2013-05-20/oms-alerta-para-o-baixo-numero-de-medicos-no-brasil.html>>. Acesso em: 07 jul. 2013.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Carta de Ottawa. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE PROMOÇÃO DE SAÚDE, 1., Canadá, 1986.
- PADARATZ, Cláudia. Políticas públicas e judicialização da saúde: atuação em matéria municipal em matéria de saúde. Da efetivação da assistência farmacêutica. In: DAIBERT, Arlindo et. al. (Org.). *Direito Municipal em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- PAINEL de contas: a atual gestão da cidade de Erechim quer que o contribuinte esteja sempre a par das contas municipais. *Revista Cidades do Brasil*, Curitiba, ano 4, n. 48, mar. 2004. Disponível em: <<http://cidadesdobrasil.com.br/cgi-cn/news.cgi?cl=099105100097100101098114&arecod=6&newcod=579>>. Acesso em: 10 jun. 2013.
- PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico – uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

PAVIA, Marie-Luce. Le principe de dignité de la personne humaine: um nouveau principe constitutionnel. In: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Org.). *Droits et libertés fondamentaux*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1997.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Cibercidadaní@O cuidadani@.com?1*. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

PRESENÇA da blogueira cubana Yoani Sánchez gera incidente diplomático na ONU. *Portal Terra*, São Paulo, 21 mar. 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/america-latina/presenca-da-blogueira-cubana-yoani-sanchez-gera-incidente-diplomatico-na-onu,febfe01a4fc8d310VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 03 de outubro de 1989*. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/valdecioliveira/LinkClick.aspx?fileticket=6hSS7_eUEoA%3D&tabid=5520>. Acesso em: 5 jun. 2013

_____. Tribunal Contas do Estado *Saúde*. Porto Alegre, 199. Disponível em: <[http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=20001:80:3169612299645751:::~](http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=20001:80:3169612299645751:::)>. Acesso em: 30 mar. 2013.

_____. Tribunal Contas do Estado. *Aplicação de recursos na saúde nos últimos cinco anos - 2006 a 2010: (proporcionalmente ao seu orçamento)*. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <https://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/textos_diversos_pente_fino/ Aplicacao_%20Saude2006_2010_0.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. O judiciário e a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais: jurisdição e políticas públicas. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROUSSEFF, Dilma. *Pronunciamento da Presidenta da República, Dilma Rousseff, em cadeia nacional de rádio e TV*. 21 jun. 2013. (09min58s) Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/imprensa/discursos/pronunciamento-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-em-cadeia-nacional-de-radio-e-tv>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

RUSSO, Guilherme. Yoani Sánchez visita o Congresso em meio a aplausos, protestos e bate-boca. *O Estadão*, São Paulo, 21 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,yoani-sanchez-visita-o-congresso-em-meio-a-aplausos-protestos-e-bate-boca,-999484,0.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

SACHS, Michael, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*. Berlin-Heidelberg. New York: Springer-Verlag, 2000. p. 173.

SADDY, André. *Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007. v. 1.

SANTOS, Lenir. *A saúde e a liberdade da iniciativa privada prevista na Constituição da República*. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2012/12/21/a-saude-e-a-liberdade-da-iniciativa-privada-prevista-na-constituicao-da-republica/>>. Acesso em 19 jun. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In.: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHEFFER, Mário (Coord.). *Demografia médica no Brasil: cenários e indicadores de distribuição: relatório de pesquisa – fevereiro de 2013*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: Conselho Federal de Medicina, 2013. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/pdfs/DemografiaMedicaBrasilVol2.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

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

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, abr. 2002.

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3145>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

STRALEN, Cornelis Johannes van *et al.* Conselhos de Saúde: efetividade do controle social em municípios de Goiás e Mato Grosso do Sul. *Ciência e Saúde Coletiva*, Belo Horizonte, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TORO, José Bernardo. *A construção do público: cidadania, democracia e participação*. Rio de Janeiro: Senac Rio, 2005.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito à saúde na sociedade cosmopolita e suas implicações no processo de transformação social. In: CALLEGARI, André Luís;

STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Saúde: um direito fundado na fraternidade. *Saúde e Direitos Humanos*, Brasília, n. 5, p. 65-86, 2009.

VIAL, Sandra Regina Martini; BARRETO, Ricardo Menna. *Transdisciplinaridade, complexidade e pluralidade maquinímica: aportes para pensar o ciberdireito*. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/2177-7055.2011v32n63p159/21061>>. Acesso em: 22 jul. 2013.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La modernización de la administración como instrumento al servicio de la democracia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1996.

WEBBER, Suelen; ROCHA, Leonel Severo. A efetivação do direito à saúde sob uma observação transdisciplinar. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 7, n. 12, p. 179, 2012.

YOANI SÁNCHEZ. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. [S.l.], 30 ago. 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Yoani_S%C3%A1nchez>. Acesso em: 24 mar. 2013.