

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”**

ANTÔNIO RESENDE DA CUNHA NETO

**O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE E AS PARCERIAS NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: regulando a iniciativa privada na assistência
farmacêutica**

Uberlândia – MG

2016

ANTÔNIO RESENDE DA CUNHA NETO

**O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE E AS PARCERIAS NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: regulando a iniciativa privada na assistência
farmacêutica**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial á obtenção do título de mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.

Uberlândia – MG

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

C972d Cunha Neto, Antonio Resende da, 1989-
2016 O direito fundamental a saúde e as parcerias na administração
pública : regulando a iniciativa privada na assistência farmacêutica /
Antonio Resende da Cunha Neto. - 2016.
118 f.

Orientador: Luiz Carlos Figueira de Melo.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direitos fundamentais - Teses. 3. Direito à
saúde - Teses. 4. Parceria público-privada - Teses. I. Melo, Luiz Carlos
Figueira de, 1958-. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de
Pós-Graduação em Direito. III. Título.

ANTÔNIO RESENDE DA CUNHA NETO

O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE E AS PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: regulando a iniciativa privada na assistência farmacêutica

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial á obtenção do título de mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.

Uberlândia, de 2016.

Opinião da professora-orientador e da banca examinadora quanto ao conteúdo do trabalho e sua destinação.

1. () O trabalho não cumpriu os requisitos exigidos, devendo o aluno ser reprovado.
2. () O trabalho cumpriu os requisitos para a aprovação do aluno.
3. () O trabalho possui nível de excelência e é recomendado à futura publicação.

Nota: _____

Professor Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.
Orientador

Professora Dra. Simone Silva Prudêncio
Banca examinadora

Professor Dra. Maria Tereza Fonseca Dias
Banca examinadora

AGRADECIMENTOS

Muitos são aqueles que merecem ser lembrados neste momento que, de uma forma ou de outra, direta ou indiretamente, contribuíram para este trabalho. Em primeiro lugar, é preciso agradecer a Deus. Não a um Deus intangível e distante, mas um Deus próximo, amigo, fonte de inspiração e sustentáculo de todo o trabalho humano. Hão de ser lembrados, também, toda minha família e noiva Carolina. Imprescindível para o término da dissertação foram as contribuições de todos os professores do Curso de Mestrado da Universidade Federal de Uberlândia, meu muito obrigado.

“É hora de despertar, acordar pra realidade, construir nessa cidade a Civilização do Amor.

Apresentar Jesus ao mundo, mostrar a face do Senhor. Dizer que Ele é puro amor e tudo pode renovar. Então, no rosto sofrido felicidade haverá. Haverá comunhão de todos no mesmo Espírito e a paz acontecerá. Civilização do Amor! Civilização do Amor!

Andaremos sem nos cansar nas veredas do Criador. Os caminhos do Senhor, Ele mesmo nos mostrará. E cada lar será um templo brilhando a luz salvação, cada palavra uma oração, e cada canto um louvor. Então, no rosto sofrido felicidade haverá. Haverá comunhão de todos no mesmo Espírito e a paz acontecerá. Civilização do Amor! Civilização do Amor!

Primeiro devemos tratar o deserto do nosso coração, buscar a nossa conversão, fertilidade interior. Pessoas novas pelas ruas, mudadas pelo Espírito, cidades sem conflitos. E tudo em nome de Jesus. Então, no rosto sofrido felicidade haverá. Haverá comunhão de todos no mesmo Espírito e a paz acontecerá. Civilização do Amor! Civilização do Amor!”

Eros Biondini

RESUMO

A prevalência da Constituição acentua a hegemonia axiológica dos princípios, que se convertem em pedestal normativo do sistema jurídico, detendo a função de assegurar um critério interpretativo e integrativo, num sistema lacunoso, incompleto e imperfeito. Nesta esteira de pensamento, a validade axiológica dos Direitos Fundamentais demanda a legitimação das prerrogativas estatais com a comunicação entre Estado e cidadão, numa relação dialética que pressupõe a participação democrática a partir da satisfação dos direitos fundamentais, definidos a partir da noção de cidadania. A presente dissertação analisa o direito fundamental à saúde, passando pelo sistema público de saúde (SUS). Sendo um trabalho teórico, analisa-se seus princípios norteadores e leis correspondentes. Diante da realidade fática e fatídica, a abordagem crítica e analítica se torna premente e imprescindível para externar alguns dos inúmeros problemas existentes, mas também, importante se torna analisar e discutir as soluções possíveis. Neste aspecto, assume especial destaque as parcerias público privadas e suas peculiaridades. Portanto, para exprimir o real potencial destas, analisa-se a assistência farmacêutica como objeto de atuação complementar da iniciativa privada por meio do modelo das parcerias público privadas, as políticas de implementação do direito ao acesso a medicamentos e as patentes farmacêuticas e sua relativização como forma de efetividade do princípio da eficiência na assistência farmacêutica. Faz-se este longo caminho, na busca de tornar eficiente e efetivo o direito fundamental à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais à saúde, parcerias público privada, assistência farmacêutica, princípio da eficiência, patentes farmacêuticas.

ABSTRACT

The prevalence of the Constitution emphasizes the axiological hegemony of principles that become normative pedestal of the legal system, stopping the function of ensuring an interpretive and integrative criterion, a spongy, incomplete and imperfect system. On this track of thought, axiological validity of fundamental rights demand the legitimacy of state prerogatives with communication between state and citizen, in a dialectical relationship that requires democratic participation from the enjoyment of basic rights as defined from the notion of citizenship. This dissertation analyzes the fundamental right to health, through the public health system (SUS). Being a theoretical work, analyzes its guiding principles and corresponding laws. In the face of objective reality and fateful, critical and analytical approach is urgent and imperative to share some of the numerous existing problems, but also important it is to analyze and discuss possible solutions. In this respect, it is particularly highlighted public-private partnerships and its peculiarities. Therefore, to express the real potential of these analyzes to pharmaceutical assistance as a complementary activity object of the private sector through the model of public-private partnerships, implementation of the right policies to access to medicines and pharmaceutical patents and their relativity as form of effectiveness of the principle of efficiency in pharmaceutical care. It makes up this long journey in pursuit of making efficient and effective the fundamental right to health.

KEYWORDS: fundamental rights to health, public private partnerships, pharmaceutical care, principle of efficiency, pharmaceutical patents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: EVOLUÇÃO, DELIMITAÇÃO E ASSISTÊNCIA Á SAÚDE	14
1.1 A DIMENSÃO JURÍDICO OBJETIVA E ORGANIZACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: SUA RELEVÂNCIA NO PLANO DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO Á SAÚDE	14
1.2 ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	20
1.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: BASE NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	24
1.4 DIREITO FUNDAMENTAL Á SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: DE UMA CONSAGRAÇÃO TARDIA AO DESAFIO SUA EFETIVAÇÃO: EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA	31
2 SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	38
2.1 CONFORMAÇÃO HISTÓRICA DO MODELO DE ASSISTÊNCIA Á SAÚDE NO BRASIL: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL	38
2.1.1 DIREITO Á SAÚDE NA HISTÓRIA DO BRASIL E A PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS VOLTADOS Á SUA GARANTIA	46
2.1.2 TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO Á SAÚDE: DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.	49
2.2 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES: UNIDADE, DESCENTRALIZAÇÃO, REGIONALIZAÇÃO, HIERARQUIZAÇÃO, INTEGRALIDADE E PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE Á LUZ DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	54
2.3 CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE IMPÕEM DEVERES DE PRESTAÇÃO AO ESTADO, TRANSFORMAÇÃO E REORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E O DESAFIO DA IMPLEMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE.....	66
3 A EFICIÊNCIA DAS PARCERIAS PÚBLICO- PRIVADAS NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE	73

3.1 RECURSOS FINANCEIROS FINITOS VERSUS DEMANDAS SOCIAIS MÚLTIPHAS A ATENDER: DELIMITAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO PRIVADA COMPLEMENTAR.....	73
3.2 O SENTIDO DA CONCESSÃO DAS PARCERIAS (PPP) E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS :.....	77
3.2.1 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL Á SAÚDE NA ATUAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA	83
3.3 O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)E AS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE)	87
4 A ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA COMO OBJETO DE ATUAÇÃO COMPLEMENTAR DA INICIATIVA PRIVADA POR MEIO DO MODELO DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADA	92
4.1 AS POLÍTICAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO A MEDICAMENTOS NO BRASIL.....	92
4.2 AS PATENTES FARMACÊUTICAS	99
4.3 A RELATIVIZAÇÃO DAS PATENTES FARMACÊUTICAS COMO FORMA DE EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA.....	101
CONSIDERAÇÕES FINAIS	105
REFERÊNCIAL BIBLIOGRÁFICO E/OU DOCUMENTAL.....	109

INTRODUÇÃO

A presente dissertação consiste em uma análise teórica do Direito Fundamental à saúde, em especial, na assistência farmacêutica, por meio da participação complementar da iniciativa privada, regulada pela nova modalidade de contratação denominada parceria público-privada, com o qual se pretende cumprir o princípio administrativo da eficiência na produção, distribuição, oferta e dispensação de medicamentos à população. Com o objetivo de demonstrar os mecanismos e limites das parcerias público-privadas na prestação de serviços públicos de saúde a fim de traçar uma sistematização teórico-conceitual e metodológica sobre a assistência farmacêutica, entendida como um enfoque que pode contribuir para a atualização das concepções que orientam a reorganização das práticas de saúde ao nível municipal e revisam os principais métodos e técnicas que podem ser utilizados nesse processo.

Outrossim, e com igual relevância, objetiva-se traçar fundamentos teóricos para que acadêmicos do direito, magistrados, promotores de justiça, advogados, administradores públicos e demais profissionais do meio jurídico possam estudar a temática proposta em consonância com o princípio do Estado Constitucional de Direito, sempre norteados pelo “epicentro axiológico” do nosso sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana, buscando soluções jurídicas aptas para a efetivação do direito à saúde.

Tendo em vista os objetivos citados, buscar-se-á também concatenar ideias que dizem respeito a interpretar a extensão e o conteúdo do direito à saúde, tal qual previsto na Carta Magna nos seguintes aspectos: analisar e identificar as relações da atuação complementar da iniciativa privada no Direito fundamental à saúde, em especial, por meio da regulação e estímulo estatal na produção de medicamentos e demais insumos à saúde, inclusive, visando à substituição de produtos importados e tendencialmente mais caros, em um mercado que, sabidamente é controlado por oligopólios que impõem preços abusivos; identificar qual a natureza jurídica dos contratos da

Administração Pública com a iniciativa privada, assim como, identificar as formas jurídicas da assistência farmacêutica como objeto de atuação complementar da iniciativa privada por meio do modelo de Parcerias Público-Privada; verificar como se realiza o controle social sobre a execução desses contratos; conceituar e analisar aspectos relevantes das parcerias na Administração-Pública, para que se possa encontrar um modelo de participação do setor privado que garanta viabilidade econômica, estabilidade jurídica e mecanismos efetivos de controle dos serviços públicos de saúde e determinar o alcance e as consequências jurídicas da qualificação dos serviços de saúde como serviços públicos e como serviços de relevância pública, tendo como parâmetro a noção de efetividade do princípio da eficiência nos serviços públicos de saúde.

No cenário político e jurídico em que se encontra o Estado brasileiro e no que se refere ao direito fundamental à saúde, com especial ênfase na assistência farmacêutica, surge uma nova modalidade de gestão de serviços, a saber, as parcerias público privadas.

Diante do exposto, percebe-se a necessidade imediata de descrever juridicamente, de forma teórica, a análise das reformas introduzidas no setor de saúde, no que se refere à cobertura, financiamento, regionalização e gestão, e de que forma este processo tem contribuído para melhorar o acesso e ampliar a utilização dos serviços de saúde essenciais. Neste diapasão, a temática proposta na dissertação em voga mostra-se relevante a partir da concepção de que a efetiva fruição dos direitos fundamentais pelos cidadãos é mais importante do que a sua simples previsão formal no texto constitucional.

A importância de se efetivar os direitos fundamentais sociais a prestações, no caso em questão, a dispensação de medicamentos e insumos, próprios da assistência farmacêutica, na medida em que se trata de uma condição para o pleno exercício dos direitos de liberdade, coloca em evidencia o fundamento e o vetor interpretativo dos direitos em tela, qual seja, a dignidade humana. A determinação do alcance e as consequências jurídicas da

qualificação dos serviços de saúde como serviços públicos e como serviços de relevância pública devem ser evidenciados para a efetivação dos Direitos Fundamentais. Para tal, se torna imprescindível a discussão da efetividade do princípio da eficiência nos serviços públicos de saúde, fazendo um comparativo entre a prestação dos serviços quando realizados somente pelo Estado e quando prestados através das parcerias na Administração Pública.

Mostra-se de suma importância a análise a fundo de todas as questões envolvidas na interpretação constitucional e na materialização administrativa do direito à saúde, buscando sua adequada compreensão constitucional e definindo os mecanismos e limites da participação das parcerias público-privadas na prestação de serviços públicos de saúde. Neste contexto, o problema desta pesquisa consiste em verificar se o ***Direito fundamental à saúde admite a atuação da iniciativa privada, bem como verificar qual a natureza jurídica dos contratos da Administração Pública com a iniciativa privada e se a assistência farmacêutica pode ser objeto de atuação complementar da iniciativa privada por meio do modelo de Parcerias Público-Privada.***

Para alcançar as finalidades colimadas na investigação científica proposta, optou-se pela pesquisa teórica, com compilação e revisão de material bibliográfico, além de análise do acervo normativo (constitucional e infraconstitucional) a respeito do tema proposto, que será desenvolvida por meio da utilização do método dedutivo. Serão consultados livros, artigos, jurisprudências, materiais já publicados, constituído principalmente de obras que discutem o assunto, periódicos e material disponibilizado na internet que versam sobre a temática delineada, utilizando-se das técnicas de análise textual e interpretativa. Nesse sentido, é certo que a investigação subsistirá em um plano geral e abstrato, almejando-se que os resultados alcançados sejam tomados em consideração em situações particulares.

Nessa órbita faz-se necessário a interdisciplinaridade, tendo em vista as diversas ciências envolvidas, como as ciências sociais aplicadas (Direito) e as ciências humanas (Ciências Sociais, Ciência Política e Ciências

Econômicas). Adotou-se a pesquisa documental, assim como, o estudo de dados estatísticos e comparativos de modelos de participação do setor privado nos serviços públicos de saúde.

Primeiramente far-se-á um estudo sobre os direitos fundamentais, sua dimensão jurídico objetiva e organizacional, bem como sua relevância no plano da efetivação do direito à saúde. Tendo como foco tanto da presente dissertação, como da abordagem inicial a assistência à saúde. Neste contexto, será apresentada a origem, desenvolvimento e promoção dos direitos sociais. Logo após, será exposto o princípio da dignidade da pessoa humana, base normativa dos direitos fundamentais. Deste modo, importante ressaltar que o direito fundamental à saúde consagrado na Constituição Federal de 1988 apesar que tardiamente, deve ser efetivado no plano fático à luz do princípio da eficiência.

Num segundo momento será analisada a conformação histórica do modelo de assistência à saúde no Brasil sob a ótica do Estado Liberal ao Estado Constitucional. Analisados os diversos pontos de vista dos modelos estatais, dar-se-á ênfase na participação da iniciativa privada na prestação de serviços voltados à sua garantia, passando pela teoria constitucional do direito à saúde, os direitos fundamentais e a constitucionalização do direito. Em seguida será pontuado, os princípios norteadores do Sistema Único de Saúde: unidade, descentralização, regionalização e hierarquização, integralidade e participação da comunidade sempre à luz do princípio da eficiência. No item sobre os serviços públicos, a implementação dos serviços de saúde e o dever de prestação do Estado baseado na concretização das normas constitucionais também ganha especial relevância, visto que a prestação estatal, sua transformação, reorganização administrativa e responsabilidade estatal pela assistência à saúde é um assunto deve ser atualizado, tendo uma dinâmica capaz de acompanhar os anseios e necessidades do cidadão.

Para a necessária abordagem e aprofundamento dos mecanismos e limites das parcerias público privadas, a análise sobre os recursos financeiros versus as demandas sociais múltiplas, pretende-se delimitar a participação privada complementar. Neste escopo, dar ênfase ao

sentido da concessão das parcerias público privadas (PPP) e os direitos fundamentais. As parcerias público privadas nos serviços públicos de saúde devem promover a efetividade do direito fundamental à saúde. A partir desta premissa, sem deixar de lado o desenvolvimento econômico essencial para que as sociedades de propósito específico (SPE), tenham interesse em dar continuidade a parceria é necessário a abordagem sobre o controle da sociedade de propósito específico (SPE) pelo Poder Público.

Por fim, chega-se ao capítulo derradeiro da dissertação, no qual será desenvolvido a ideia da assistência farmacêutica como objeto de atuação complementar da iniciativa privada por meio do modelo das parcerias público privada. As políticas de implementação do direito ao acesso a medicamentos é assunto de extrema importância para todas as pessoas, em qualquer idade e de qualquer classe social, visto que assim, saímos de uma consagração simplesmente formal para dar efetividade ao Direito. As políticas públicas de implementação do direito ao acesso a medicamentos será o canal para que haja a necessária regulação da iniciativa privada e consequente efetividade do direito à assistência farmacêutica. Deste modo, a abordagem sobre as patentes farmacêuticas e posteriormente sua relativização como forma de efetividade do princípio da eficiência na assistência farmacêutica faz-se importante na consecução do objetivo de não apenas viabilizar o acesso ao direito à saúde, mas torna-lo eficiente e eficaz.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: EVOLUÇÃO, DELIMITAÇÃO E ASSISTÊNCIA Á SAÚDE.

1.1 A DIMENSÃO JURÍDICO OBJETIVA E ORGANIZACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: SUA RELEVÂNCIA NO PLANO DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO Á SAÚDE

As inovações advindas por força do Texto Constitucional de 1988, indubitavelmente a mais positiva e relevante foi o destaque singular conferido à temática dos direitos fundamentais. Deveras, mais do que incorporar ao seu texto um elenco amplo de direitos individuais, políticos, sociais, difusos e coletivos, todos em perfeita sintonia com a tendência internacional de proteção destes direitos, a Carta Republicana elevou-os à condição de cláusula pétrea expressa, resguardando-os contra o exercício do poder constituinte derivado.

Pode-se afirmar também, que constituem decisões valorativas de natureza jurídico - objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, e que fornecem diretrizes para todo o sistema jurídico, não se limitam, portanto, a serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público. Neste sentido, preceitua o autor Antonio E. Pérez Luño que, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se como um conjunto de valores objetivos básicos e com fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas como garantias negativas dos interesses individuais.¹

Em um sentido mais abrangente, o autor UadiLammêgo conceitua direitos fundamentais como sendo:

O conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.²

O autor vai mais além e afirma que, sem os direitos fundamentais,

¹ LUÑO, Antonio Enrique. Los Derechos fundamentales. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 20-21.

o homem não vive, não convive e, em alguns casos, não sobrevive. Percebe-se portanto, a importância do assunto.

Ainda segundo o mesmo autor, os direitos fundamentais cumprem a finalidade de defesa e de instrumentalização. Desse modo, além de permitir o ingresso em juízo para proteger bens lesados, ainda proíbe o Poder Público de invadir a esfera privada. No que tange à sua instrumentalização, assume preponderância os princípios informadores de toda a ordem jurídica, como a legalidade, isonomia, devido processo legal etc. dando o necessário subsídio para os mecanismos de tutela, tais como o mandado de segurança, habeas corpus, ação popular entre outros.

No que concerne aos direitos fundamentais em sua faceta objetiva, deve-se notar que não se pretende dizer ou referir que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja, mas sim, que às normas que prevêem direitos subjetivos é outorgada função parcialmente autônoma em relação à perspectiva subjetiva, o que implica o reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.³

Os direitos fundamentais devem ter a eficácia valorada sob o viés individualista, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que cuida de valores e fins que deve ser concretizados. Nesta perspectiva, os direitos fundamentais em sua perspectiva objetiva, em certo sentido, são direitos sociais e transindividuais, pois refletem um interesse social, não colidente com o interesse estatal. Os valores incorporados pelas normas de direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, se projetam sobre todo o ordenamento jurídico, fornecendo o aparato para a aplicação e interpretação, conforme os direitos fundamentais da ordem jurídica compreendida em sua totalidade.

Importante frisar o dever de efetivação do Estado, no que compete ao reconhecimento de deveres de proteção do Estado, no sentido de zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 512.

³ ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 144.

contra os poderes públicos, mas também contra interesses colidentes de particulares e até de outros Estados.

Em suma, os direitos fundamentais dão ao cidadão “*proteção ex ante*”, especialmente em sua dimensão objetiva, pois o Estado está vinculado aos direitos fundamentais e como consequência lógica é exigido a ação Estatal, resultado do conteúdo fundamental da coletividade expresso pela sociedade e consolidado na Carta Magna. Este vínculo ou fato jurídico, existente entre o Estado e o cidadão, que forma uma relação jurídica em que o Estado têm o dever de prestação, resulta assim, na formação das garantias fundamentais que é o fruto de todo o esforço constitucional. Gera-se portanto, a eficácia dos direitos fundamentais e possibilita a fundamentalidade de determinadas regras jurídicas. A garantia é portanto, uma norma jurídica, asseguratória, de reforço, à serviço dos direitos fundamentais.

Os direitos e garantias previstos na Carta Magna, possuem características peculiares, que a título de majoritário consenso, poderíamos classificar como sendo, *históricos*, pois derivam de uma longa evolução, *universais*, pois ultrapassam os limites territoriais e são independentes de raça, credo, sexo, cor. São também *cumuláveis ou concorrentes*, pois podem ser exercidos ao mesmo tempo. Como características essenciais também poderíamos citar a *irrenunciabilidade*, já que não podem ser renunciados, mas sim deixar de ser exercidos. A *inalienabilidade*, também prefigura como característica marcante, pois não possuem conteúdo econômico. Associado a esta característica, esta a imprescritibilidade, não tendo caráter patrimonial, a título de exemplo o direito a vida (art. 5º, *caput*).

É de amplo conhecimento que a função primordial do processo é assegurar a efetividade da Constituição, em especial dos direitos fundamentais. Portanto, ao se delinear os matizes da dimensão organizacional e procedural dos direitos fundamentais, fala-se na substancial relevância entre Constituição e Processo. Neste estudo, será dado ênfase no direito à saúde, a urgente necessidade de investimentos no setor e a correlação existente entre Constituição, direitos fundamentais e processo.

Os direitos fundamentais são em certo sentido, “dependentes” da organização e do procedimento, mas sobretudo devem atuar de forma incisiva

sobre o direito procedural e as estruturas organizacionais. Nesta senda, foi feita oportuna referência na doutrina para a necessidade de um procedimento justo e ordenado, capaz de promover a efetivação dos direitos fundamentais.

É evidente, a íntima ligação existente entre as noções de organização e procedimento e os direitos fundamentais, no sentido de uma influência recíproca entre as três categorias.

De acordo com Alexy, a utilização conjunta dos termos “organização” e “procedimento” apenas é possível se identificarmos elementos comuns que justifiquem esta aglutinação. Em outras palavras, a noção de procedimento, considerada em sentido amplo, que comporta o sentido de sistema de regras e/ou princípios destinados à consecução de determinados resultados, e que engloba a diversidade dos fenômenos que suscita a dimensão organizatória e procedural dos direitos fundamentais. A “organização” e o “procedimento”, tanto podem ser considerados direitos à emissão de determinadas normas e procedimentais, quanto direitos a determinada interpretação e aplicação das normas sobre procedimento, salientando, que no âmbito dos direitos prestacionais, na condição de direitos a prestações normativas, apenas a primeira categoria que tem por destinatário o legislador, assume relevância.

Podem ser considerados direitos a prestações, em uma concepção mais abrangente, aqueles que asseguram ao indivíduo a execução ou implementação de procedimentos ou organizações em geral, ou até a participação em procedimentos ou estruturas organizacionais existentes. Deve-se notar que, a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, perde em efetividade, sem que sejam colocados à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedural. Reitera- se a ideia que a organização e o procedimento se encontram a serviço dos direitos fundamentais e, corrobora como condição de sua efetividade.

No direito sanitário, pode-se notar que o legislador incorporou aspectos relevantes da dimensão organizatória e procedural, ao instituir o SUS como órgão ao qual está afeta à coordenação e execução de políticas de proteção e promoção do direito sanitário, como reza o art. 198, CF, prevendo a participação da comunidade em seu inciso III, no qual reconhece um direito à

participação na organização e procedimento. Não obstante, o funcionamento adequado na instituição SUS, depende de inúmeras providências, até de cunho procedural, inclusive com a finalidade de fiscalizar os procedimentos , a adequação constitucional de políticas, sempre sob o viés da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

No que tange à dimensão procedural, para elucidar melhor o quanto ela é importante não apenas na área administrativa ou operativa, mas também na área jurídica, cito alguns mecanismos trazidos pela Constituição e presentes no ordenamento jurídico brasileiro, que auxiliam de modo eficaz o cidadão a cobrar judicialmente os seus direitos constitucionalmente previstos.

Para elucidar o assunto, de modo sintético e exemplificativo, cito o mandado de segurança, que visa proteger direito líquido e certo não amparado por Habeas corpus ou Habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, conforme art. 5º, inc. LXIX CF. Consiste em uma “ação constitucional de defesa” e visa proteger contra atos lesivos a direitos fundamentais praticados por autoridade pública.

O segundo é o mandado de segurança coletivo , que é um instrumento que visa proteger direito líquido e certo de uma coletividade, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. O rol de legitimado para ingressar com o mandado de segurança coletivo é mais limitado, que o do mandado de segurança individual. Tanto o mandado de segurança individual ou coletivo é de extrema importância para o cidadão pleitear o seu direito junto ao judiciário no tocante ao fornecimento de medicamentos ou nos mais variados procedimentos sanitários.

Merece destaque também o mandado de injunção, que é utilizado quando não existe norma regulamentadora, tornando inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, constitucionalmente previsto no artigo 5.º inc. LXXI CF.

In fine para complementar o rol exemplificativo e não exaustivo citado alhures, cito o direito de petição, que tem por objetivo a defesa de direito

ou a notificação de alguma ilegalidade ou abuso de poder, podendo ser proposto por qualquer individuo, conforme art. artigo 5º, inc. XXXIV, alínea “a”. Este mecanismo é de extrema importância para a notificação de abusos e ilegalidades praticadas por profissionais de saúde ou até notificar autoridades políticas da falta de medicamentos.

Não obstante todos os mecanismos expostos alhures, o cidadão também têm a atuação do Ministério Público por meio da ação civil pública na defesa do direito fundamental á saúde. Ela é um instrumento processual que visa controlar os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio público, como a aplicação de sanções a fim de evitar que o agente pratique novamente a conduta lesiva.

A dimensão jurídico objetiva, organizatória ou procedural visam portanto, dar maior efetividade ao direito fundamental, nesta dissertação em especial, o direito fundamental à saúde. Fato incontroverso, é que estes instrumentos constitucionais ou mecanismos, citados para sanar seja total ou parcialmente os anseios da população por si só não solucionam às mazelas e abusos vistos nos telejornais, jornais e principalmente pelos usuários do sistema na vida real. São portanto, medidas de urgência que podem ser eficazes em fatos isolados para um indivíduo ou um grupo de indivíduos com interesses comuns. Não obstante, o que deve sim ser eficaz são as políticas públicas, como será abordado nos próximos tópicos.

1.2 ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

O pós 1988 apresenta a mais vasta produção normativa de direitos humanos de toda a história legislativa brasileira. A maior parte das normas de proteção aos direitos humanos foi elaborada após a Constituição de 1988. Deste modo, a Carta Magna de 1988, é o marco jurídico normativo brasileiro no campo da proteção dos direitos humanos, e em especial dos direitos sociais.

A partir da Constituição Federal de 1988, como exposto acima, foram ratificados pelo Brasil, os mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Em se tratando de direitos sociais, merece especial destaque o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1992 e posteriormente em 1996, também ratificado pelo Brasil, o Protocolo de San Salvador, que também aborda os direitos econômicos, sociais e culturais.

Os direitos fundamentais sociais podem ser conceituados como direitos que exprimem uma posição jurídica dirigida a um comportamento ativo pelo Estado, ou seja, obrigações de prestação positivas cuja satisfação não consiste numa “omissão”, mas numa ação. Importante salientar, também que não se enquadra na categoria dos direitos de defesa (direitos de primeira dimensão), são direitos fundamentais a prestações.

Não significa portanto, que os direitos fundamentais sociais possam ser compreendidos como “normas programáticas”. Esses direitos, credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa em relação a prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais.

Deste modo, a partir do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Protocolo de San Salvador, os direitos sociais estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação

internacionais. Esses esforços são sob o ponto de vista econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, sempre visando alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (art. 2º, §1º, do Pacto).

Na lição de Alexandre de Moraes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.⁴

Os direitos sociais têm como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, como é explicitado na Constituição da República, em seu art. 5º, § 1º, explicita ao prever que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Esse caráter da norma não afasta o dever de se atribuir também as normas de direitos sociais uma máxima eficácia e efetividade.

Para introduzir o assunto, o que será melhor aprofundado no próximo tópico, o autor Dalmo de Abreu Dallari, ao expor seu pensamento sobre a dignidade da pessoa humana, explicita de forma bem contundente que:

Para ter direitos é indispensável que o ser humano seja reconhecido e tratado como pessoa, o que exige também respeito à sua dignidade. Nenhum homem deve ser humilhado ou escravizado por outro. A dignidade também se expressa no direito de ter um nome e ser conhecido e respeitado por esse nome. Também se expressa no direito à integridade física, sem agressões. A polícia que agride é contraditória, pois existe para proteger e fazer respeitar o direito. O direito à integridade física também passa pelas condições de vida, higiene e saúde e segurança, mas também pelo sofrimento psíquico. O direito a ser pessoa se estende às crianças ou aos trabalhadores, aos moradores de favelas, à eliminação de práticas discriminatórias. Uma ofensa comum é o ser tratado como suspeito sem motivo concreto, embora a Constituição preveja a “presunção de inocência”. Não há qualquer justificativa para que algumas pessoas sejam mais respeitadas do que outras.⁵

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 203.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 14.

Necessário se faz destacar que, os direitos sociais que são direitos fundamentais e não se resumem ao rol do art. 6º da CF, abrangendo também o art. 5º § 2º da CF, além de direitos e garantias de caráter implícito, bem como direitos positivados em outras partes do texto constitucional, e direitos previstos em tratados internacionais, somente podem ser compreendidos e posteriormente aplicados de modo adequado a partir de uma análise conjunta e sistemática de todo o arcabouço jurídico, ou seja, normas constitucionais que dialogam e vinculam toda a legislação infraconstitucional e jurisprudencial.

Na condição de direitos subjetivos, os direitos sociais operam como direitos de defesa e direitos prestacionais, estes podem ser tanto direitos a prestações fáticas como normativas. Não obstante, importante salientar que, tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocado e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas. A título de exemplo, o custo do aparato de segurança, mediante o qual se assegura o direito à liberdade e à propriedade, ou o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos. Deste modo, é visível que o *custo* dos direitos, é aplicável tanto aos direitos civis e políticos, como aos direitos sociais.

Os direitos sociais, classificados como direitos fundamentais de segunda dimensão, ostentam natureza predominantemente positiva, o que significa dizer que a sua efetivação está condicionada à uma atuação do Poder Público. O autor Daniel Sarmento, enfatiza que:

O Estado não mais se contenta com a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva desta igualdade no plano dos fatos. Não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares. Portanto, aquele que era, na lógica do liberalismo, o inimigo número um dos direitos humanos, passa à condição de agente promotor destes direitos.⁶

⁶SARMENTO. Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro. Lumen Júris, 2010. p. 19.

A Recomendação Geral 12, dada pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, realça as obrigações do Estado em respeitar, proteger e implementar tais direitos. Portanto, cabe ao Estado respeitar os direitos, bem como, evitar e impedir que terceiros (atores não estatais) os violem, adotando para tal, medidas voltadas à sua realização e implementação.

1.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: BASE NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição cidadã”, representou o grande marco jurídico no processo de redemocratização do país, após o desfecho do ciclo autoritário-militar. Além das suas inovações normativas, a Carta Magna de 1988 “marcou o reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a democracia, pretendendo ser o signo de uma nova era no país, timbrada pela justiça social, pela solidariedade e pelo pluralismo democrático.”⁷

A prevalência da Carta Magna, acentua a hegemonia axiológica dos princípios que prefiguram como pedestal normativo de todo o arcabouço jurídico, tendo a função não exaustiva de assegurar um critério interpretativo e integrativo, num sistema lacunoso, imperfeito e consequentemente incompleto, tendo como princípio maior a dignidade da pessoa humana.

É precisamente com supedâneo nestas razões que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil⁸, e que concatena e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado.”⁹ Não obstante, para fazer valer a dignidade da pessoa humana, é necessário um piso vital mínimo, pelo qual devem restar assegurados os direitos sociais elencados no art. 6º da CF/1988, como o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para não apenas a atual geração, mas também para as futuras como está posto no art. 225 da CF/1988.

Os direitos fundamentais constituem categoria jurídica, vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões

⁷SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 84.

⁸ Constituição Federal, Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

⁹SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 87.

Paulo Bonavides, afirma que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal do que o princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁰. De fato, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da ordem jurídica vigente, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo, por isso, condicionar e inspirar a exegese e a aplicação de todo o direito vigente.

A dignidade da pessoa humana não se apresenta como conceito vazio de conteúdo. Ademais, não pode ser tomado como pura abstração epistemológica de fundamentação de um sistema asséptico e pretendidamente “neutro”. É portanto, um valor constitucional, conceito valorativo que se apresenta como base e sustentáculo da ordem jurídico constitucional, configurando como compromisso fundamental do Estado.

O conceito de dignidade não deve ser visto unicamente sem a introdução do poder público, na sua dimensão negativa. Mas sim, deve ser exaltado seu teor positivo. Deste modo, deve ser tomado as dimensões negativas e positivas dos direitos fundamentais no mesmo nível.

Nesta esteira de pensamento, a validade axiológica dos Direitos Fundamentais, demanda a legitimação das prerrogativas estatais com a comunicação entre Estado e cidadão, numa relação dialética que pressupõe a participação democrática a partir dos direitos fundamentais, encabeçados pela noção de cidadania e pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao tomar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, diz que o Constituinte de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”¹¹ Noutros termos, diz-se que no momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28ed. São Paulo: Malheiros, 2013.,p. 565.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 97.

como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas.

O princípio da dignidade da pessoa humana sustenta e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha função vital na revelação de novos direitos, não inscritos no texto constitucional, mas que poderão vir a ser evocados quando da necessidade de garantia da vida humana com dignidade. Nesse norte, Jorge Miranda estabelece seu entendimento no sentido de que:

Pelo menor, de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias das pessoas e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade das pessoas, de *todas as pessoas*. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projetados em instituições, remontam também à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial.¹²

André Ramos Tavares, em idêntico sentido, salienta que:

[...] da dignidade humana se desprendem todos os direitos, na medida em que são necessários para que o homem desenvolva sua personalidade integralmente. O ‘direito de ser homem’ é o direito que engloba a todos os demais no direito a ser reconhecido e a viver na e com a dignidade própria da pessoa humana.¹³

Cumpre registrar que por mencionar a expressão “*dignidade*” que é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que comprehende um valor interno, superior a qualquer outro, que não tolera substituição ou mesmo equiparação. Nesse norte, escreve José Afonso da Silva que a dignidade da pessoa humana:

[...] não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 303.

¹³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 510.

como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. [...] está na base de toda a vida nacional.¹⁴

Com acerto, a palavra “*dignidade*” é empregada no sentido de atributo da pessoa humana, como um valor inerente a todo ser racional, independentemente da forma como se comporte. Segundo José Afonso da Silva, é sob esse aspecto que a Constituição tutela a dignidade da pessoa humana, de modo que “(...) nem mesmo um comportamento indigno priva a pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas.”¹⁵

O princípio em pauta não constitui tão-somente um limite para os Poderes Públicos, no sentido que devem se abster de atentar contra ele. Compreendido para além disso, o princípio traduz um norte para toda a conduta estatal, de modo que impõe ao Estado o dever de agir em prol da proteção ao livre desenvolvimento da personalidade humana, com o asseguramento de condições básicas para uma vida com dignidade.

Maria Celina Bodin de Moraes, num notável esforço de síntese, procedeu ao desdobramento jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana em quatro postulados basilares: *direito à igualdade, tutela da integridade psicofísica, direito à liberdade e princípio da solidariedade social*.¹⁶ O direito à igualdade compreenderia, segundo anota a autora, não apenas a isonomia formal, mas igualmente a material, forçando a atuação promocional do Estado no afã de corrigir desigualdades socioeconômicas que acabam por comprometer uma vida digna.¹⁷ Ele teria, ademais, que ser articulado com o

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ed. São Paulo: Malheiros, 2013.p. 38.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 38.

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 81-116.

¹⁷ Segundo anota José Afonso da Silva, constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdade, uma ordem econômica em que “*inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade*”. (*Op. cit.*, p. 39)

direito à diferença, de fundamental importância numa sociedade essencialmente multicultural como esta em que se vive.

O direito à integridade psicofísica, por seu turno, além de aspectos negativos, como a vedação de práticas de tortura e de tratamentos degradantes, possui dimensões positivas, destinadas a assegurar o mínimo existencial digno.¹⁸ Já o direito à liberdade, que decorre do reconhecimento da autonomia moral da pessoa humana, teria de ser contrabalanceado com deveres de solidariedade social, no sentido que vai do indivíduo para o coletivo. E, por derradeiro, o princípio constitucional da solidariedade, o qual identificaria-se-ia “(...) com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”.¹⁹

Desta feita, é possível aduzir que, ao estabelecer como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “*construir uma sociedade justa, livre e solidária*”, a Constituição de 1988 não apenas pretendeu enunciar uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Muito mais do que isso, ela expressa um verdadeiro princípio jurídico, que, a despeito da sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de eficácia e aplicabilidade enquanto vetor interpretativo de toda a ordem jurídica. Fala-se, pois, em *princípio da solidariedade*.

Segundo anota José Afonso da Silva, por força do princípio da solidariedade, é que a República Federativa do Brasil constrói:

[...] uma ordem de homens livres, em que a justiça distributiva e retributiva seja um fator de dignificação da pessoa humana e em que

¹⁸ Conforme bem observa Sarlet, “não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura, das penas de natureza corporal, da utilização da pessoa humana para experiências científicas, limitações aos meios de prova (utilização de detector de mentiras, regras relativas aos transplantes de órgãos, etc. Nesse sentido, diz-se que, para a preservação da dignidade da pessoa humana, se torna indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade.” (Op. cit., p. 104)

¹⁹ *Idem*, p. 114.

o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifique a idéia de comunidade fundada no bem comum. Surge aí o signo do Estado Democrático de Direito, voltado à realização da justiça social, tanto quanto a fórmula *liberdade, igualdade e fraternidade* o fora no Estado Liberal proveniente da Revolução Francesa.²⁰

A solidariedade implica o reconhecimento de que, embora cada indivíduo componha uma individualidade, irredutível ao todo, está também, de alguma forma, imanado, juntamente com todos os demais indivíduos, por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser palco de concorrência entre pessoas isoladas, que perseguem interesses pessoais egoísticos e muitas vezes antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam e se respeitem como tais. Trata-se, pois, de um “dever ético que se impõe a todos os membros da sociedade, de assistência entre seus membros, na medida em que compõem um único todo social”.²¹

A construção de uma sociedade pautada por valores de solidariedade, tal como projetada pela Carta Magna, pugna pelo abandono do egocentrismo, do individualismo possessivo, e pela assunção, por cada um, de responsabilidades sociais em relação à comunidade, e em especial em relação àqueles que se encontram numa situação de maior vulnerabilidade. Construir uma sociedade justa e igualitária é um dever do Estado, que impõe ações positivas prestacionais aos três Poderes, mas é igualmente uma obrigação que pesa sobre toda a sociedade e sobre cada um dos seus integrantes, na medida de suas respectivas possibilidades. Adverte Daniel Sarmento que:

[...] trata-se de uma responsabilidade cujos contornos e limites devem ser desenhados de forma cuidadosa, para que não seja demasiadamente comprometida a liberdade dos agentes privados,

²⁰SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, pp. 46-47.

²¹NUNES, LuisAntonioRizzato. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 33.

tão importante para a dignidade da pessoa humana e para a edificação de uma sociedade verdadeiramente democrática.²²

Eis a dimensão comunitária (ou social) da dignidade da pessoa humana, estabelecida na medida em que todos são iguais em dignidade e como tais devem conviver em determinada comunidade ou grupo. Trata-se da dimensão intersubjetiva da dignidade, que parte da situação básica do ser humano em sua relação com os demais, ao invés de fazê-lo do homem singular, limitado a sua esfera individual.

Consoante bem sintetiza Ingo Wolfgang Sarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa humana.²³

In fine, é certo que a tutela da personalidade humana deve ser dotada de elasticidade, incidindo sobre todas as situações em que se deflagre alguma ameaça à sua dignidade, tipificada ou não pelo legislador. Todo e qualquer comportamento, comissivo ou omissivo, que acabe por atentar contra esta dignidade deve ser prontamente coibido pela ordem jurídica.

²²SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 297.

²³SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 104.

1.4 DIREITO FUNDAMENTAL Á SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: DE UMA CONSAGRAÇÃO TARDIA AO DESAFIO SUA EFETIVAÇÃO: EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA

É de bom alvitre, salientar sucintamente a diferença entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, visto que sob um prisma histórico, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Não obstante, almejando dar efetividade jurídica, os direitos fundamentais foram positivados no ordenamento jurídico, embora os direitos humanos são entendidos como objetivos ético- políticos, situados em uma posição supra positiva.

Os direitos civis e políticos estão inseridos nos direitos fundamentais, ou fazem parte destes. Aqueles foram conquistados e preservados, como fruto da tal almejada liberdade negativa, tão necessária para que o poder tirânico do Estado fosse limitado, em favor da liberdade, da propriedade e da participação política. Esses direitos tiveram sua gênese nas revoluções da Inglaterra, Francesa e na Declaração de direitos quando da Independência dos Estados Unidos da América.

Os direitos econômicos, sociais e culturais são a outra face dos direitos fundamentais e objetivam as chamadas liberdades positivas, que tem por finalidade a preservação do princípio da igualdade, pretendendo do Estado ações positivas. A título de exemplificação, pode- se citar a educação, saúde, trabalho, habitação, previdência social etc. Os direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais foram sistematizados na Declaração Universal, bem como nos respectivos pactos de direitos humanos e posteriormente incorporados no Direito pátrio da esmagadora maioria dos países considerados democráticos.

Cançado Trindade ressalta a falta de nexo existente, quando se leva às últimas consequências o princípio da não discriminação em relação aos direitos civis e políticos, e se tolera a discriminação dos direitos econômicos e sociais, e vai mais além em sua explanação, quando diz.

“A pobreza crônica não é uma fatalidade, mas materialização atroz da crueldade humana. Os Estados são responsáveis pela observância da totalidade dos direitos humanos, inclusive os econômicos e sociais. Não há como dissociar o econômico do social e do político e do cultural”.²⁴

Bobbio, também vai na mesma direção, e critica esta lógica, dizendo.

“Não está em saber quais, quantos são esses direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, se são Direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos; mas sim qual é o modo mais seguro para garantir-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados”²⁵

É bem verdade que, a Constituição de 1988 possa ser classificada como uma Constituição social e deste modo, incluída no moderno Constitucionalismo pós-guerra, o que a torna formalmente uma Constituição dirigente. Não obstante, não basta conter entre os objetivos a realização dos direitos sociais devidos à sociedade, mas faz-se necessário a efetivação concreta de seu texto.

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito à saúde, como direito fundamental social. Não obstante, isto nem sempre esteve presente na legislação pátria. A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 e a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 não constam dispositivos relacionados à saúde. Estes começaram a ser explícitos na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 em seu art. 10, onde consta que compete à União e aos Estados cuidar da saúde e da assistência pública. Já na Constituição dos Estados Unidos de 1937 em seu art. 16 o legislador fala da competência privativa da União em legislar normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da criança, o que se expandiu na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, em seu art. 5º, que determina a competência da União em legislar sobre normas gerais de

²⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Limiar do século XXI*. Disponível em: <http://ftp.unb.br/pub/UNB/ipl/rel/rbpi/1997/81.pdf>. Acesso em 17 nov. 2015.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 30.

defesa e proteção à saúde. Esta competência da União foi melhor formatada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 em seu art. 8º que atribui o cuidado dos planos nacionais de educação e de saúde ao âmbito Federal.

A saúde consta como um dos direitos sociais reconhecidos no art. 6º, que abre o Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título II (“Dos direitos fundamentais”) da CF/88.

A compreensão dos direitos fundamentais sociais como “direitos originários” implica uma mudança de paradigma na concepção desses direitos e pretensões, colocando em foco a sua efetividade. Alguns direitos fundamentais sociais apresentam-se como “diretamente aplicáveis”, sem a necessidade de interposição do legislador como é o caso do direito de propriedade ou o direito de iniciativa privada. Já outros, apresentam-se como “direitos a prestações”, dependem portanto, de uma atividade mediadora do poder público, como é o caso do direito ao ensino ou o direito à saúde.

Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet o direito à prestações em sentido amplo, o direito à saúde impõe deveres de proteção à saúde pessoal e pública, assim como deveres de cunho organizatório e processual, como a organização dos serviços de assistência à saúde, das formas de acesso ao sistema, distribuição dos recursos financeiros e sanitários, etc). O autor continua a dizer que o direito à saúde apresenta uma dimensão defensiva, isto é gera um dever de não interferência, uma vedação a atos sejam eles estatais ou privados que gerem dano ou ameacem a saúde da pessoa, sem prejuízo de sua simultânea função prestacional (positiva). O aparato de proteção criado pelo Estado deve ser capaz de prevenir lesões corporais, como por exemplo, normas penais que vedam lesões corporais e são efetivas.

No que tange ao direito à saúde como nos lembra João Loureiro, a saúde apresenta “zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas”²⁶ Percebe-se portanto, que o direito à saúde envolve a proteção da vida, integridade física e psíquica, trabalho, moradia, alimentação, ambiente, educação entre outros.

²⁶ Cf. Loureiro, João. Direito à (proteção da) saúde. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, p. 666.

A saúde é hoje entendida como um estado dinâmico do organismo humano que resulta da interação momentânea de fatores internos e externos. Não se trata, portanto, de ausência de enfermidade, mas da completa condição de bem-estar físico, mental e social. Esse é o conceito adotado em 26 de julho de 1946 pela Constituição da Organização Mundial da Saúde.

O direito à saúde encontra-se sua concretização normativa nos artigos 196 a 200 da CF. No que concerne ao exposto no artigo 196 da Carta Magna, saúde é “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”. Está fundada nos princípios da universalidade, equidade e integridade. As características essenciais da organização da atividade estatal para a concretização de princípios basilares como a universalidade e igualdade de acesso, estão elencados na integralidade de atendimento.

Para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr., o art. 196 da Constituição Federal veicula dois princípios constitucionais relacionados à saúde, o do acesso universal e o do acesso igualitário.

O princípio do acesso universal traduz que os recursos e ações na área de saúde pública devem ser destinados ao ser humano enquanto gênero, não podendo, portanto, ficar restritos a um grupo, categoria ou classe de pessoas...

O princípio em pauta é complementado logicamente pelo princípio do acesso igualitário, cujo significado pode ser traduzido pela máxima de que pessoas na mesma situação clínica devem receber igual atendimento, inclusive no que se refere aos recursos utilizados, prazos para internação, para realização de exames, consultas etc.²⁷

Em idêntico sentido, a Lei 8.080/90, dispõe, em seu art. 2º, que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

²⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 12. Ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 486.

Ingo Wolfgang Sarlet, nos ensina que:

Ao Estado não se impõe apenas o direito de respeitar a vida humana, o que poderá até mesmo implicar a vedação da pena de morte, mas também o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a razão de ser da própria comunidade e do Estado, além de ser pressuposto para a fruição de qualquer direito fundamental.²⁸

Guido Ivan de Carvalho , a este respeito vai mais além e nos esclarece que:

Daí dizer-se que o art. 196 deve ser desdobrado em duas partes: a de dicção mais objetiva, que obriga o Estado a manter, na forma do disposto no art. 198 da CF e na Lei 8.080/90, as ações e serviços públicos de saúde que possam prevenir, de modo mais direto, mediante uma rede de serviços regionalizados e hierarquizados, os riscos de agravo à saúde (assistência preventiva) e recuperar o indivíduo das doenças que o acometem (ações curativas); a de linguagem mais difusa, que corresponde a programas sociais e econômicos que visem à redução coletiva de doenças e seus agravos, com melhoria da qualidade de vida do cidadão.

O direito insculpido na segunda parte do art. 196 (acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação) e explicitado no art. 198 é de eficácia plena, imediata, não podendo o Estado postergá-lo nem condicioná-lo à futura implementação de programas sociais e econômicos.²⁹

Em síntese, é de bom alvitre constar que, o direito à saúde é dever do Estado, não se restringindo a União, mas sim uma responsabilidade concorrente entre os entes federativos, conforme o art. 198, § 2º, da CF. Estes devem prestar assistência, além de implementar medidas político sociais, de forma a garantir um padrão de vida digna e universal. Esta responsabilidade concorrente entre os entes federativos no que tange ao dever de prestação dos

²⁸ SARLET. Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, ano I, vol. 1, n. 1, 2001.

²⁹ CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. Sistema Único de Saúde – Comentários à lei orgânica da saúde. 3.ed. Campinas: Unicamp, 2001. p. 41.

serviços de saúde, está previsto nos arts. 34 e 35 da CF, a observância do mínimo existencial, que ganharam uma nova redação com a EC 29 de 13.09.2000.³⁰

No que tange ao direito à saúde, a Carta Magna confere uma nova dimensão aos sistemas públicos de proteção social. Neste aspecto, a saúde tomou parte da definição de seguridade social, art. 194 da CF/88, como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Como dito alhures, o direito à saúde é dever do Estado, ou melhor responsabilidade concorrente entre os entes federativos. A título de comentário, importante a reflexão de Têmis Limberger. Para ele a distorção na implementação das políticas públicas no Brasil, principalmente a questão da saúde, chegou a tal ponto que migrou da órbita dos Poderes Executivo e Legislativo, indo parar no Poder Judiciário, o que atesta a falência na resolução de conflitos nas esferas institucionais que lhe são próprias.³¹

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece a obrigação dos Estados em reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados, utilizando o máximo dos recursos disponíveis. Desta aplicação progressiva, resulta a cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais.

A proibição de medidas retrocessivas reconduz-se ao princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF). Neste aspecto, a medida estatal que restrinja eventualmente um bem protegido com base em direito social

³⁰ Art. 34 – A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

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

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

³¹ LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. IN: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 217.

(fundamental) deve atender a finalidade constitucionalmente legítima. Além do fato que a medida restritiva não poderá afetar o núcleo essencial do direito social, entende-se por núcleo o conteúdo ou estrutura do direito sem os quais ocorre a descaracterização do direito como tal. Caso ocorra esta restrição, no campo dos limites aos limites, indispensável a observância das exigências da proporcionalidade e razoabilidade; o que contribui imensamente para que o princípio da segurança jurídica e o respeito as garantias da coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido sejam protegidos, requisitos indispensáveis para a proteção da legítima confiança.

2 SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

2.1 CONFORMAÇÃO HISTÓRICA DO MODELO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE NO BRASIL: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL

A temática concernente aos direitos humanos apresenta profundas conexões com a forma pela qual são tais preceitos analisados em sua relação com o Estado e a sociedade, de modo que esse estudo não pode ser empreendido com proveito se de forma isolada, uma vez que se insere num contexto deveras amplo, que envolve as cosmovisões vigentes em cada época. Nesse espeque, torna-se salutar o exame do tema à luz dos paradigmas do Direito e do Estado, pois estes, como registrou Habermas, “abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo”.³²

No fundamental, as variadas questões que circunscrevem o tema da tutela dos direitos, sobremaneira dos direitos humanos, constituíram, ao longo do tempo, objeto de incessantes mudanças de paradigma, as quais se manifestaram sempre como decorrência lógica das alterações dos modos de atuação do Estado na concretização das finalidades que evocava para si em cada contexto sócio-político que se impunha³³. De fato, conforme ensinamento de Carlos Ari Sundfeld:

Para compreender a realidade jurídica existente em certo momento é indispensável conhecer o espírito da época, que se revela em um complexo de elementos: nos textos normativos que vão surgindo, na literatura jurídica, nas polêmicas que concretamente chamam a atenção das pessoas, nos medos escondidos em suas opiniões, nos

³² HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 72.

³³ Conforme bem observa Dalmo de Abreu Dallari, o problema da finalidade do Estado é de grande importância prática, vez que é impossível chegar-se a uma idéia completa de Estado sem ter consciência de seus fins (*Op. cit.*, p. 103).

problemas enfrentados, nas decisões judiciais, nos eventos marcantes, nos lugares-comuns, e assim por diante.³⁴

Desta feita, é possível dividir a trajetória histórica dos direitos fundamentais da pessoa humana em três grandes fases, que correspondem, reciprocamente, aos Estados *Liberal*, *Social* e *Pós-social*, cada um deles dotado de características básicas que têm enorme relevo para a definição da incidência, ou não, dos direitos humanos como objeto de tutela estatal. Ao constar estas fases, esta dissertação não pretende propor a história como algo linear, mas apenas apresentar de forma mais sistematizada, para melhor compreensão.

Com o afloramento do constitucionalismo, a eclosão da Revolução Francesa e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, verificou-se, ao final do século XVIII, um processo de mudança no campo político que acabou por afetar as relações entre o Estado e os indivíduos. Nesse contexto, apurou-se a vigência de uma nova concepção de Estado: o *Estado Liberal*, cujas faces iniciais correspondiam ao implemento do poder econômico do capitalismo, sendo que os direitos individuais constituíam mero incremento desse processo de desenvolvimento econômico.

De fato, durante a Ilustração, foram arquitetados os pilares do conceito moderno de direitos do homem. A ideia de que o homem é dotado de direitos inatos, que precedem o Estado e a comunidade política, e que, assim, devem gozar de respeito e garantia a cargo do Poder Público é essencialmente iluminista. Como bem observa Daniel Sarmento:

[...] as ideias dos pensadores iluministas permearam dois grandes eventos do final do século XVIII, que foram absolutamente decisivos para a consolidação e juridicização dos direitos do homem: a Revolução Francesa e o movimento que culminou na Independência e na fundação do Estado norte-americano. Esses episódios seminais da história da humanidade marcaram o início de uma nova era. Basta

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: ____; MUÑOZ, Guilhermo Andrés (coord.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 20.

lembra que os ideais da Revolução Francesa – igualdade, liberdade e fraternidade – são ainda hoje a fonte axiológica de onde promanam, como de um manancial inesgotável, os direitos fundamentais, modelados por novas exigências impostas pela consciência ética dos povos, que a história vai tratando de incorporar ao patrimônio jurídico da humanidade.³⁵

Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. Demarcavam eles um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, desta forma, uma rígida fronteira entre o privado e o público.

De fato, chamado por alguns de *Estado Absenteísta*, o Estado Liberal tinha por escopo apenas a defesa das prerrogativas do direito de propriedade. Na medida em que tentou controlar o poder estatal que sobreveio do Estado Moderno,³⁶ o Estado Liberal procurou distensão, distanciamento e pouca atividade política:

De acordo com o sistema da liberdade natural, o poder do Estado fica apenas com três funções para cumprir, aliás três obrigações, de maior importância, mas simples e compreensíveis para o senso comum: em primeiro lugar, a obrigação de proteger a nação contra atos de violência e ataques de outras nações independentes; em segundo lugar, a obrigação de salvaguardar, na medida do possível, todos os membros da própria nação contra agressões ilegais dos seus concidadãos, ou seja, garantir uma jurisdição imparcial; e em

³⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 9.

³⁶ Teve-se, num primeiro, momento o *Estado Absolutista*, orientado por uma teoria política que tinha como esteio a figura do monarca, detentor de poder absoluto, independente de outro órgão, fosse ele judicial, legislativo ou eleitoral. Nesta conjuntura, se encerrava o Direito num único preceito: um direito de administrar que desconhecia restrições e, portanto, não tutelava direitos do indivíduo frente ao soberano; o particular era concebido como objeto de poder estatal, e não um sujeito de direitos que com ele se relacionava. Nesse aspecto, elucida Paulo Bonavides: “Convinha rodear-lhe de freios constitucionais a ação invasora, duramente sentida durante as épocas do absolutismo, mitigando-se-lhe assim a força coercitiva. Far-se-ia isso mediante a clássica divisão de poderes [...]” (*Teoria do Estado*. 4. ed. 2003, p. 87).

terceiro lugar, a obrigação de criar e manter determinadas instituições públicas [...].³⁷

Como já foi objeto de estudo, os direitos sociais constituem obrigações de prestação positivas, o que não significa que no século XIX, o poder público não tivesse este fato em consideração no que toca a relação Estado- cidadão. Não obstante isso, o liberalismo entendia essas aspirações de cuidado e promoção social, basicamente como “obrigações morais” a cargo da sociedade, sem vinculatividade jurídica geral.

Importante salientar, que o liberalismo recusava-se o sancionamento jurídico de uma “obrigação positiva” de fraternidade ou solidariedade, ou seja, o liberalismo recusava o sancionamento jurídico de uma obrigação positiva de realização dos direitos fundamentais sociais como deveres público- estaduais.

Ocorre, porém, que o modelo de Estado Liberal, se num primeiro momento, posto a perniciosa do Estado Absolutista, pareceu necessário, mostrou-se também insuficiente. Com efeito, assinala Gordillo que:

O tempo havia mostrado que apenas a conformidade com os princípios de liberdade e igualdade com a proteção do Estado poderia resultar em paradoxos, já que a sociedade muitas vezes apresenta diferenças econômicas e sociais entre seus componentes, que só são acentuados em um sistema puramente negativo da organização política, isto é, em um sistema que estava para proteger os direitos de propriedade, liberdade, etc., como os encontrou, sem se preocupar melhorar quando na verdade eles eram insuficientes.³⁸

Com acerto, a conjuntura que se estabeleceu reclamou urgente contrabalanceamento: sem abandonar as garantias individuais de liberdade, era preciso agora estabelecer meios eficazes de superação das inúmeras

³⁷ AZAMBUJA, Darci. *Teoria geral do Estado*. 37. ed. São Paulo: Editoria Globo, 1997, p. 277.

³⁸ GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo*, tomo I - parte general, Buenos Aires: Macchi, 1991, p. III-23.

disparidades econômicas e sociais experimentadas pelos indivíduos que já não eram capazes de se desenvolverem por si sós. Afirmou-se, desta feita, ao longo do século XX, a concepção de *Estado de Bem-estar Social*, igualmente denominado de *Welfare State*, *Estado Social de Direito*, ou simplesmente de *Estado Social*.³⁹

Tratou-se de uma forma de Estado que se preocupou em assegurar o desenvolvimento de políticas públicas e prestações de serviços fundamentais a todos os indivíduos, principalmente aos menos possibilidados, no escopo de nivelar as desigualdades existentes entre as pessoas. Nesta senda, “diversas são as afirmações de direitos fundamentais dos cidadãos contra os Estados, desde direitos basilares como a vida, a liberdade e a propriedade, até complexos direitos sociais.”⁴⁰ Como bem enfatiza Daniel Sarmento:

O Estado não mais se contenta com a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva desta igualdade no plano dos fatos. Não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares. Portanto, aquele que era, na lógica do liberalismo, o inimigo número um dos direitos humanos, passa à condição de agente promotor destes direitos.⁴¹

³⁹ Conforme explica Maria João Estorninho, se antes, no Estado Liberal, voltado apenas para a supervisão dos acontecimentos sociais, o Estado podia cumprir suas tarefas mediante uma intervenção meramente pontual e esporádica do Poder Público, agora, no *Welfare State*, empenhado na satisfação das necessidades sociais, viu-se obrigado a alargar as relações entre o Poder Público e o cidadão (*A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 39).

⁴⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de direito. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.) *Atuais Rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 10. Agustín Gordillo oferece preciosa definição desses direitos, senão veja-se: “*tais direitos sociais podem aparecer como autênticos direitos subjetivos dos cidadãos, exigidos concretamente desde a sanção da norma constitucional e sem necessidade de norma legislativa alguma que os regulamente, ou poderiam ao contrário resultar direitos programáticos, propostas ou objetivos de governo que carecem de efetividade real caso os órgãos legislativos ou administrativos do Estado não decidam efetivá-los. Em resumo, podem num segundo caso ser tomados como princípios gerais orientadores do ordenamento jurídico*” (Op. cit., p. III-27). (tradução nossa)

⁴¹ SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 19.

Nesse diapasão, seguiu o Estado ampliando gradativamente sua esfera de ação, exercendo constante controle sobre todos os recursos sociais. Diante disso, houve quem questionasse a compatibilidade do Estado Social com as liberdades e interesses individuais. De fato, a nova concepção do Estado como centralização do poder, a fim de realizar o bem comum, fez com que se atribuísse a ele uma notória posição de supremacia na relação jurídico-administrativa, haja vista que:

[...] ao Estado caberia, por meio da centralização do poder, realizar o interesse da coletividade e garantir a ordem pública. Ao passo que aos particulares caberia apenas perseguir seus interesses, em detrimento do interesse público, coletivo, não sendo, portanto, cogitável a existência de um regime paritário ou menos verticalizado na relação entre Estado e particulares. O interesse particular, nesta construção, é sempre contrário ao interesse público, justificando sua submissão.⁴²

É de se notar que, o grau de emprego da discricionariedade administrativa se deu com a correlata intervenção do Estado na ordem econômica e social, quando abandonou a feição de Estado de Polícia para assumir a de Estado Social (ou Providência), recebendo o Poder Executivo (e a Administração Pública) maiores poderes diante da necessidade de reação a tempo e modo adequados às circunstâncias imponderáveis, o que exigia flexibilidade e rapidez das decisões. Não obstante, isto poderia levar a situações extremas, como a falta de controle da atuação administrativa e a falência dos direitos dos administrados.

Pareceu, portanto, evidenciado que um direito concebido para cidadãos que buscavam se resguardar contra o Estado não se mostrava adequado à proteção de indivíduos que exigiam ações positivas por parte do Estado. Estabeleceu-se, de fato, a dicotomia Estado restritivo ou agressivo, de um lado, e Estado prestador de serviços, de outro.

⁴²SCHIRATO, Vitor Rhein. *op. cit.*, p. 12.

Prima facie, a absoluta exigência de satisfação dos interesses gerais, da coletividade em seu todo, invariavelmente, guiou à outorga de vasta gama de prerrogativas e privilégios para o Estado, seja no exercício do seu poder de polícia, circunscrevendo a esfera dos direitos individuais para a vantagem do bem comum, seja no escopo de gerir interesses e serviços que visassem à utilidade geral.⁴³ Tais prerrogativas, vale ressaltar, não encontram um equivalente no âmbito das relações privadas; existem para viabilizar um melhor controle do equilíbrio social, no escopo de tornar viável o convívio entre os cidadãos.

Como assinala Vitor RheinSchirato, na esteira da preleção de Sabino Cassese, essa concepção de Estado Social partia de um pressuposto bipolar:

[...] de um lado havia o Estado, dotado de autoridade para impor obrigações aos particulares, com a finalidade de garantir a ordem social, e de outro havia os cidadãos, dotados de direitos fundamentais, que impunham limites ao poder do Estado. Havia um constante conflito entre liberdade e autoridade, emergente das relações entre Estado e particulares, submetendo-se cada qual a regras e regimes específicos de um direito público (Estado) e um regime de direito privado (particulares) [...].⁴⁴

Tamanho poder de ingerência sobre todos os assuntos que se lhe apresentavam tornou o Estado gigante, e isto conduziu a sua hipertrofia; seus órgãos passaram a funcionar de modo pouco eficiente. O cidadão supervalorizou o Estado, acreditou-o detentor de poderes e deveres ilimitados, e este explodiu em crise, não logrou êxito em suprir todas as carências externadas pelo indivíduo em sociedade.⁴⁵

Nesta senda, floresceu um campo, então, àqueles que, desde o período pós Segunda Guerra Mundial, criticavam as bases do Estado Social: a

⁴³ Constituição Federal, Artigo 170 – “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...).”

⁴⁴ CASSESE, Sabino *apud* SCHIRATO, Vitor Rhein. *op. cit.*, pp. 13-14.

⁴⁵ AZAMBUJA, Darcy. *op.cit.*, p. 146.

chamada *doutrina neoliberal*, que tinha os padrões burocráticos em torno dos quais se estruturava o Estado como um dos principais fatores responsáveis por sua crise.⁴⁶

No Brasil, a implementação do Estado Neoliberal pautou-se pela transferência do trato das questões sociais à iniciativa privada. Estabeleceu-se, desta feita, uma Administração Pública estruturada de forma gerencial, mais preocupada com o alcance de resultados eficientes, independente dos meios utilizados para tanto. Pretendeu-se, destarte, a superação dos mecanismos burocráticos de controle da atividade do Poder Público pela inserção de mecanismos de controle dos resultados.

Hodiernamente, no Brasil, observa-se inúmeras manifestações sociais, que buscam além de ideologias, sejam elas de caráter social, liberal ou de bem estar social, mas acima de tudo o diagnóstico a ser enfatizado é que o que a população espera é que o Estado seja não apenas um modelo estatal ideológico ou formalístico, como o Estado mínimo ou um Estado voltado de maneira majoritária para programas sociais, **mas o que se espera é sim um Estado Eficiente na medida dos objetivos que se propõe a realizar.**

⁴⁶SHIER, Adriana da Costa Ricardo. *op. cit.*, p. 45. Conforme bem aduz Gordillo: “[...] en la última parte del siglo XX y comienzos del XXI la concepción del Estado de Bienestar o Estado Social de Derecho comienza a entrar en crisis, derivada no tanto de un cambio del orden de aspiraciones sociales sino de una reevaluación de las posibilidades reales del Estado para satisfacerlas y los nuevos desafíos del mundo contemporáneo. Es el fantasma de lo que se ha dado en llamar la globalización de la economía, el neoliberalismo, etc” (*Op. cit.*, p. 146).

2.1.1 DIREITO Á SAÚDE NA HISTÓRIA DO BRASIL E A PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS VOLTADOS Á SUA GARANTIA.

A sociedade moderna e globalizada, clama pela proteção social de seus cidadãos, frente a uma perversa lógica da economia liberal de mercado, que se não “controlada” pelo Estado privilegiará os fortes e necessariamente haverá concentração de renda, produzindo uma massa de excluídos e necessitados de proteção. Não obstante, essa mesma sociedade quer um Estado enfraquecido e reduzido, para criar oportunidades para o mercado em assuntos que antes diziam respeito ao Estado.

O Brasil foi atingido pela redefinição do papel do Estado, ou uma visão neoliberal, que tem a perspectiva de colocar nas “mãos do Estado” as atividades de interesse público essenciais como a assistência social, educação e a saúde. Assim, algumas atividades são desenvolvidas de forma isolada ou subsidiária com a iniciativa privada e outras que são economicamente exploráveis e não são de interesse público essencial ao mercado. Neste caso, o Estado assume papel suplementar, quando deficientes.

A consagração da carta Magna de 1988 teve inúmeros avanços em diversas áreas da sociedade. O direito fundamental à saúde, pode ser apontado como um dos principais avanços da Constituição de 1988. Antes desta, a proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos”, conforme o art. 179, XXXI da Constituição de 1824 ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência como reza o art. 113, *caput* da Constituição de 1934.

Em sentido amplo, a tutela constitucional da saúde se dava de modo indireto, no âmbito das normas de definição de competências entre os entes da Federação, em termos legislativos e executivos (art. 5º, XIX, c da Constituição de 1934 e art. 10, II da Constituição de 1937, art. 16, XXVII e art. 18, c e e; art. 5º, XV,b da Constituição de 1946, art. 5º, XV, b, art. 6º da Constituição de 1967, art. 8º, XIV e XVII, c e art. 8º §2º transformado em parágrafo único EC 01/69) bem como as normas de proteção à saúde do trabalhador e disposições sobre a garantia de assistência social (art. 121, §

1º, h, Constituição de 1934, art. 138 da Constituição de 1937, art. 127 e art. 137, item 1 da Constituição de 1946, art. 157, XIV; art. 165, IX e XV da Constituição de 1967).

Rompendo com a tradição das Constituições anteriores e buscando formas de dar efetividade ao direito fundamental à saúde, a Carta Magna de 1988 atendendo às reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, criou o SUS- Sistema Único de Saúde, que decorre da evolução de “micro sistemas” de proteção que ocorriam em nível ordinário (Sistema Nacional de Saúde, criado pela Lei 6.229/75 e o SUDS-Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde em 1987).

As características principais do regime jurídico constitucional do direito à saúde também são reflexo deste processo, tal como nos diz Ingo Wolfgang Sarlet

a) a conformação do conceito constitucional de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), sendo a saúde compreendida como o estado de completo bem-estar físico, mental e social; b) o alargamento do âmbito de proteção constitucional outorgado ao direito à saúde, ultrapassando a noção meramente curativa, para abranger aspectos protetivo e promocional da tutela devida; c) a institucionalização de um sistema único, simultaneamente marcado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde; d) a garantia de universalidade das ações e dos serviços de saúde, alargando o acesso até então assegurado somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos beneficiários; e) a explicitação da relevância pública das ações e dos serviços de saúde.⁴⁷

É notório que é importante constar novamente que, a salvaguarda do direito à saúde se dá também pela proteção conferida a outros bens fundamentais, nas quais apresenta zonas de convergência. Este fato intensifica a tese existente entre a íntima interdependência entre todos os direitos humanos e fundamentais. A título exemplificativo pode-se citar a vida, a

⁴⁷ SARLET, Ingo. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Revista dos Tribunais, 2008.

dignidade da pessoa humana, a moradia, o ambiente, a privacidade, o trabalho, a propriedade, a seguridade social, a proteção do consumidor, da família, de crianças e adolescentes, dos idosos.

Pode se concluir portanto, que a efetivação do direito à saúde não incumbe de modo exclusivo ao “setor da saúde”, mas deve ser compreendido a medida que é garantido uma qualidade mínima de vida, através da efetivação de políticas públicas que sirvam para a superação das desigualdades sociais e o pleno desenvolvimento da personalidade.

2.1.2 TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE: DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.

Ao serem incluídos os direitos fundamentais na Carta Magna de 1988 é visível e fático o avanço ocorrido, visto que os objetivos da Nação foram traçados. Não obstante, é necessário que esses compromissos sociais sejam efetivamente cumpridos. As inúmeras respostas evasivas seja em relação à falta de recursos financeiros e orçamentários, ou até ao fato que a eficácia das normas constitucionais é muito reduzida e por isso, fomentam o enfraquecimento do pacto social, gerando assim o descrédito por parte da população.

A Constituição Brasileira de 1988 não pode ser interpretada nos limites da dogmática jurídica tradicional, visto que o Direito e os fatos sociais não estão separados do intérprete. A hermenêutica jurídica deve assumir seu papel frente ao Estado Democrático de Direito, visando assim, a efetivação das promessas não cumpridas e superando a dívida social histórica, fruto da baixa efetividade constitucional. É fato, que sem a concretização dos direitos sociais, não é possível pretender a implantação dos direitos civis e políticos em sua plenitude, o que compromete a própria existência do Estado Democrático.

É nesse sentido que a legitimidade material do Estado Brasileiro, somente pode ser alcançada se cumprido os compromissos sociais que foram constitucionalmente assumidos. O autor Ferrajoli que defende a ideia de eficiência social e a legitimidade do Estado, assim enfatiza a necessidade de se garantir o que ora foi pactuado

“e na base de reconhecimento elementar, isto é, do fato de que o direito social certamente tem um custo, mas o seu custo é infinitamente inferior ao custo da falta de garantia a esse direito”.⁴⁸

O Estado Democrático de Direito tem no constitucionalismo a sua maior fonte positivada do sistema jurídico nacional, além da maior fonte norteadora das ações e atividades administrativas do próprio Estado. Neste

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. I Conferência Internacional sobre Garantismo e Gestão Pública – Separação dos poderes: funções de Governo e funções de garantia. *Jornal Estado de Direito*, Porto Alegre, ano IV, n 23, nov. e dez de 2009.

sentido, as ações governamentais tendentes a desenvolverem tanto políticas públicas como ações administrativas de execução devem ter como prioridade que o cumprimento dos direitos fundamentais é uma obrigação constitucional que está sob responsabilidade estatal, e portanto, indispensável para a sua legitimação material.

Sob este prisma, o dever constitucional do Estado exige a prática de políticas e ações que levem ao atendimento efetivo das demandas que garantam o cumprimento dos direitos fundamentais. Essas políticas públicas e ações do Estado devem estar pautadas sob o Princípio da Eficiência. É evidente, portanto, que para se atender aos limites e ditames constitucionais, inseridos em uma democracia participativa, não cabe aos governantes proporem políticas e ações administrativas que busquem resultados contrários ou aquém daqueles constitucionalmente pactuados, caso contrário, ferir-se-ia à própria Constituição.

Quando se toca no Princípio da Eficiência, é importante se entender que não se considera o Estado eficiente, se esta eficiência se pautar no objetivo de atingir os melhores resultados pelo menor custo possível, já que, neste sentido a análise se minimizaria em seu aspecto econômico. A eficiência estatal estaria atrelada a estrutura existente, conjugada ao seu correto uso. Portanto, a título de exemplificação, uma estrutura escassa, que não possibilita o atendimento a demandas de forma universal, conjugado com o seu bom uso, é entendido como eficiência operacional e não eficiência Estatal. Assim, o Estado é eficiente quando atender as necessidades sociais impostas de forma satisfatória e universal.

Interessante e necessário, o entendimento de Edson Luís, em relação ao Princípio da Eficiência no Estado Brasileiro, no sentido que,

“A simples positivação desse e de outros princípios que até hoje só adornam a Constituição não passa, por um lado, do atendimento à necessidade da cultura jurídica dominante, de cunho formal positivista; e por outro, atendendo a necessidade de produção de mitos que com seu poder fantasioso afasta e oculta à realidade, fazendo com que essa fique velada e obscura, afastando a necessidade de sua alteração e reforçando a crença mitológica de

que tudo está em seu lugar, inclusive a (i)legitimidade do Estado que é ineficiente para o atendimento das responsabilidades que o pacto constitucional de um Estado Democrático de Direito lhe impôs.”⁴⁹

Infelizmente, esta triste realidade, comentada alhures, é a descrição de uma democracia formal, no qual os agentes públicos não expressam a verdadeira vontade popular, e atendem assim, a interesses particulares. Esta constatação fatídica, nada mais é do que a expressão do baixo grau de cultura social e da falta de politização da sociedade brasileira. Deste modo, as decisões políticas em grande parte, não expressam a verdadeira vontade popular.

A Carta Magna, positivou o direito à saúde, como um direito de todos e dever do Estado, não obstante, neste direito fundamental, particularmente no Brasil, encontra-se os maiores exemplos de descumprimento e abusos cometidos pelo Estado. A argumentação vazia e evasiva que a eficácia das normas constitucionais é muito reduzida, ou que a falta de recursos financeiros e orçamentários é o óbice para sua concretização não justificam mais. O fato é que é responsabilidade do Estado e de todos os cidadãos encontrarem medidas eficazes para que este direito seja garantido. Neste aspecto, como será abordado adiante, as parcerias público privadas, se encaixa como uma solução possível e viável, se bem estruturada sob os ditames legais aliado à políticas públicas que viabilizem a sua maior difusão.

A teoria constitucional do direito à saúde, os direitos fundamentais e a constitucionalização do direito na ordem jurídico constitucional, é composto por um viés formal e material, da qual é revestido os direitos e garantias em geral.

Para viabilizar a consecução do direito à saúde e seus desdobramentos, o viés formal decorrente do direito constitucional positivo assume destaque. Segundo Ingo Sarlet em seus escritos, o autor desdobra em três elementos, a fundamentalidade formal decorrente do direito constitucional positivo na Carta Magna:

⁴⁹ Kossmann, Edson. A Constitucionalização do princípio da eficiência na Administração Pública. Porto Alegre: Fabris, 2015, p. 150.

a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à saúde) situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia axiológica; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (“cláusulas pétreas”) da reforma constitucional, embora tal condição ainda encontre resistência por parte da doutrina; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o §1º do art. 5º da CF/88, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata as entidades estatais e os particulares- comando que alcança outros dispositivos de tutela da saúde, por força da cláusula inclusiva constante do §2º do mesmo art. 5º da CF/88⁵⁰.

O direito à saúde que pode ser entendido como pressuposto para à manutenção da vida e vida com dignidade, sob o viés material encontra-se ligado à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem jurídica constitucional. Relevância que se sobressalta na tutela do direito em si mesmo, mas também na promoção das garantias das condições necessárias à fruição dos demais direitos, sejam eles fundamentais ou não, e impulsiona o livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade. Deste modo, para a plena efetivação desse direito tão importante à pessoa humana, necessário se faz que o viés formal e material façam parte de uma mesma realidade ou na pior das hipóteses de um modo semelhante. Visto que, as aspirações do texto legal não podem ser dissonantes da realidade e nem serem vistos como uma realidade utópica e distante. Desta forma, não se deve aspirar menos, mas sim, deve ser feito mais.

Como será abordado de maneira enfática no capítulo IV, políticas públicas de implementação dos direitos constitucionalmente positivados na Carta Magna, com prazos e metas reais baseados em “estudos de caso”, demonstrando os óbices e dificuldades apresentadas em cada localidade são

⁵⁰ SARLET, Ingo. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Revista dos Tribunais, 2008.

de extrema importância para a mudança de paradigma e consequente mudança da realidade. Desta feita, assume primordial relevância a parte procedural, visto que “o que fazer” de maneira geral todos sabem, o que deve ser respondido é “como fazer”. Neste aspecto, o diálogo e as discussões acerca das dificuldades enfrentadas em cada realidade são essenciais para se traçar objetivos, já que, nas palavras do filósofo e teólogo Leonardo Boff “todo ponto de vista é a vista de um ponto”. Deste modo, a participação da comunidade não pode ser visto como apenas um dos princípios do SUS como será abordado no próximo tópico, mas sim como base para toda a formação e implementação das políticas públicas.

2.2 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES: UNIDADE, DESCENTRALIZAÇÃO, REGIONALIZAÇÃO, HIERARQUIZAÇÃO, INTEGRALIDADE E PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A partir do Movimento pela Reforma Sanitária Brasileira surgida na década de 1970, se procurou criar um modelo democrático, universal e eficiente. Esta conquista, se consolidou em âmbito formal com a promulgação da Carta Magna de 1988, neste sentido, preleciona Bodstein:

(...) A Constituição propõe um novo modelo de organização da atenção e uma nova lógica de financiamento do setor de saúde no país. Os modelos ou sistemas de saúde universalistas, comumente, são financiados com os impostos gerais, e não através de impostos ou contribuições de categorias, ou de grupos específicos de trabalhadores. São Sistemas Únicos, ou Unificados, no sentido de serem respaldados por um modelo de financiamento decidido centralmente (pelo governo federal), apesar de suas ações e serviços serem executados de forma descentralizada, através de estados e municípios. (...). Sem dúvida, o SUS aparece como um contraponto crítico ao modelo até então vigente de políticas sociais e de saúde no Brasil, pois foi pensado como um modelo alternativo, voltado para a superação do caráter altamente centralizado, burocratizado, privatista e excludente de políticas públicas. (...)⁵¹

O Sistema Único de Saúde (SUS), é financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, além de outras fontes (art. 198, §1º da CF).

A criação do Sistema Único de Saúde foi aprovada na 8ª Conferência Nacional de Saúde⁵². Não obstante, a regulamentação do SUS só foi concretizada em 1990, com a edição da lei nº 8.080/90 e Lei nº 8.142/90 que juntas formam a Lei Orgânica da Saúde. A partir delas ocorreram grandes e variados avanços, tais como:

⁵¹ BODSTEIN, Regina Cele de A. *Complexidade da ordem social contemporânea e a redefinição da responsabilidade pública*. In: ROZENFELD, Suely (org.). *Fundamentos da vigilância sanitária*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000.

⁵² BRASIL, CONASS, 2011.

Descentralização da gestão (estadualização e municipalização) (...); Criação e desenvolvimento dos Fundos Nacional, Estaduais e Municipais; Criação e crescimento da modalidade de repasse fundo a fundo; Criação e funcionamento de Conselhos de Saúde (...); Aumento da cobertura dos serviços em todos os níveis de complexidade, com ênfase na Atenção Básica (...); Ampliação da cobertura vacinal (...); Incremento da cobertura às gestantes e à infância (...); Facilitação do acesso às informações de saúde via internet; (...); Incorporação da Vigilância Sanitária na Agenda Prioritária do SUS (...)⁵³

O Sistema Único de Saúde (SUS) pode ser caracterizado como uma garantia institucional fundamental. Para tal, foi estabelecido e regulamentado pela Carta Magna, o que significa dizer que a efetivação do direito à saúde deve conformar-se aos princípios e diretrizes pelos quais foi constituído, com especial relevância os art. 198 a 200 da CF/88 dos quais é prescrito os princípios norteadores, são eles: a unidade, descentralização, regionalização, hierarquização, integralidade e participação da comunidade.

Os princípios da descentralização, regionalização embasam as regras constitucionais de distribuição de competências no âmbito do SUS, assim como, sua regulação normativa em nível infraconstitucional (leis, decretos, portarias). Compete aos Municípios e aos Estados, a responsabilidade pelas ações e pelos serviços de saúde, assim como o fornecimento de bens materiais. Os Municípios e os Estados atuam em caráter supletivo e subsidiário em detrimento da União.

O SUS é um sistema único e unificado, conforme dá substrato o princípio da unidade, o que contraria os modelos anteriores a 1988. Sistema único, portanto, importa dizer que os serviços e as ações de saúde, tanto público e/ou privados, devem pautar-se e se desenvolver sob as mesmas políticas. O SUS é então, um só sistema, que está sujeito a um só planejamento, nos níveis nacional, regional, estadual e municipal.

O período de operacionalização da NOB/SUS nº 01/1996 foi marcado por avanços e consolidação do segundo princípio norteador do SUS, a descentralização. Assim:

⁵³ BRASIL, CNS, 2002, p. 17-19.

Em face de problemas observados durante a implementação da NOB-SUS 01/96, entre os quais podem ser citadas as questões referentes à definição de responsabilidades, do planejamento e organização do sistema e à resolutividade e acesso a serviços, estabeleceu-se um amplo processo de discussão entre os gestores, que resultou na publicação na Norma Operacional da Assistência à Saúde 01/01 (NOAS – SUS 01/01), instituída pela Portaria GM/MS n.95, de 26 de janeiro de 2001. (...) O conjunto de estratégias apresentadas na NOAS-SUS 01/2001 articulou-se em torno do pressuposto de que, naquele estágio de implantação do SUS, a ampliação das responsabilidades dos municípios na garantia de acesso aos serviços de atenção básica, a regionalização e a organização funcional do sistema eram elementos centrais para o avanço do processo.⁵⁴

O SUS é uma rede regionalizada e hierarquizada que, preserva a direção única em cada esfera do governo. A regionalização é extremamente importante, visto que, permite a adaptação das ações e serviços de saúde ao perfil epidemiológico regional. Diante destes objetivos, instituiu-se o Plano Diretor de Regionalização (PDR):

(...) instrumento de ordenamento do processo de regionalização da assistência em cada estado e no Distrito Federal, baseado nos objetivos de definição de prioridades de intervenção coerentes com a necessidade da população e garantia de acesso dos cidadãos a todos os níveis de atenção à saúde. Definiu que cabe às Secretarias de Saúde dos estados e do Distrito Federal a elaboração do PDR, em consonância com o Plano Estadual de Saúde, devendo o mesmo ser aprovado pela Comissão IntergestoresBipartite e pelo Conselho Estadual de Saúde. A Norma preconiza que o PDR deve ser elaborado na perspectiva de garantir o acesso aos cidadãos, o mais próximo possível de sua residência, a um conjunto de ações e serviços vinculados a: assistência pré-natal, parto e puerpério,; acompanhamento do crescimento e desenvolvimento infantil; (...); ações de promoção da saúde e prevenção de doenças; acompanhamento de pessoas com doenças crônicas de alta

⁵⁴ BRASIL, CONASS, 2011, p. 59

prevalência; tratamento clínico e cirúrgico de casos de pequenas urgências ambulatoriais; (...); controle de doenças bucais mais comuns; suprimento e dispensação dos medicamentos da farmácia básica.⁵⁵

Esta característica, vai ao encontro às diretrizes da OMS-Organização Mundial de Saúde e às reivindicações da Reforma Sanitária.

O princípio da hierarquização indica a execução da assistência à saúde em níveis crescentes de complexidade. Segundo ele, o acesso aos serviços de saúde deve ocorrer a partir dos mais simples aos mais altos níveis de complexidade, exceto em situações de urgência. Assim, os serviços de saúde são organizados e distribuídos, partindo-se das ações de atenção básica, de média e alta complexidade.

O princípio da integralidade de atendimento ou princípio da universalidade, determina que a cobertura oferecida pelo SUS deve ser a mais ampla possível e pretende uma distribuição de assistência médica com equidade entre todos os que necessitam e a buscam. Não obstante, existam os limites, sejam eles técnicos, quanto à eficácia e segurança, bem como aos limites orçamentários, o que se relaciona com o conceito de “reserva do possível”.

Para explanar melhor o princípio da integralidade de atendimento ou princípio da universalidade, a abordagem sucinta sobre o conceito de reserva do possível se faz necessária, já que este tenta adequar a realização de direitos à realidade fática. Neste diapasão, a concretização dos direitos sociais estaria relacionada à disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo da discricionariedade das decisões governamentais, sintetizadas no orçamento público.

No que tange aos doutrinadores não é uníssono o tratamento dado à reserva do possível, seja como princípio, seja como cláusula ou como postulado. Para OLSEN⁵⁶, parece inadequado concebê-la como princípio, visto

⁵⁵ BRASIL, CONASS, 2011.

⁵⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.p. 200

que não prescreve determinado estado de coisa a ser atingida e também porque não se trata de um mandado de otimização. Por mais que para sua aplicação dependa da ponderação, somente este elemento não parece razoável para considerá-la como princípio. É por isso que as expressões “cláusula” ou “postulado” realmente parecem mais adequadas.

Assim, conforme bem explicitado por SARLET e FIGUEIREDO, a reserva do possível, como cláusula ou postulado,

...apresenta pelo menos uma dimensão tríplice que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima correlação com a distribuição de receitas e competências tributárias e (...) c) na perspectiva do titular do direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação.⁵⁷

O principal objetivo do Estado é contribuir para a justiça social, ou ao menos deveria ser, todavia, não há como ratificar que os direitos fundamentais devem ficar reféns da escassez de recursos financeiros.

No impasse existente entre limitação orçamentária e as garantias fundamentais e na tentativa desesperada de salvaguardar os direitos fundamentais surgiu o conceito de mínimo existencial como sendo o núcleo dos direitos sociais.

A Constituição assegura garantias sociais mínimas aos indivíduos para que tenham realizada a sua própria dignidade. Trata-se, portanto, do âmago dos direitos fundamentais sociais que deve ser protegido pelo Estado. A ação ou omissão estatal em determinadas situações, verdadeiramente é um atentado aos princípios elencados na Carta Magna, visto que, quando o Estado não cumpre deveres garantidos aos cidadãos como a moradia, alimentação

⁵⁷ SARLET, FIGUEIREDO, op.cit., p. 30

básica, fornecimento de medicamentos, compromete a vida humana, deixando a vida humana ser esfacelada.

No que tange ao mínimo existencial as teorias desenvolvidas por John Rawls e Michael Walzer, o primeiro filósofo liberalista e o segundo defende o comunitarismo.

A teoria de John Rawls propõe um novo pacto social, no qual os homens detenham condições igualitárias de participação na sociedade. Neste sentido, os homens desconsideraria as suas especificidades, tais como posição social, riqueza, profissão, status. A preocupação de Rawls está voltada para a criação de condições procedimentais capazes de gerar um resultado social justo, pautado em um conceito de justiça distributiva, neste sentido Ana Paula de Barcellos explicita com muita propriedade:

A evolução do pensamento de Rawls, portanto, no ponto que aqui interessa, parte de uma consideração da justiça distributiva globalmente considerada (o princípio da diferença e seus três elementos: maximização do bem-estar dos menos favorecidos, posições e funções abertas a todos e igualdade eqüitativa de oportunidades) que, do ponto de vista jurídico, consubstancia um fim estabelecido pelo constituinte e dirigido ao legislador.

Nada obstante, ainda neste primeiro momento, a percepção da imprescindibilidade do mínimo existencial (posição eqüitativa de oportunidades) conduziu o autor a situar este elemento fora da estrutura dos dois princípios, como um pressuposto lógico da equitatividade de sua construção.

Já na segunda fase, o autor vai distinguir dentro do princípio da diferença um conteúdo mínimo, ao qual conferirá *status* de direito subjetivo constitucional, embora não utilize essa expressão nem especifique qual o conteúdo material desse mínimo. O mínimo existencial, note-se, deixa de ser um fim a atingir pela atuação do legislador para transformar-se em um direito constitucionalmente assegurado, independentemente da intervenção legislativa. As prestações que representam um *plus*em relação a este mínimo continuam no âmbito da competência do Legislativo, a quem caberá

promover as políticas de justiça social que realizem de forma mais ampla a justiça distributiva.⁵⁸

Michael Walzer, comunitarista não desenvolveu uma preocupação imediata com o mínimo existencial, mas relacionou o mínimo existencial a uma moralidade mínima que variaria em diferentes sociedades, em diferentes culturas, essa moralidade mínima funcionaria como um limite ao poder deliberativo da sociedade. Sua teoria sofreu variadas críticas pelo seu relativismo exacerbado e demasiado utópico.

Robert Alexy, em sua teoria analítica jurídica, desenvolveu-a pautando os direitos fundamentais como regras e princípios, ou seja, o mínimo existencial passaria a ser uma regra, que estaria entrelaçada com os conceitos de igualdade material e o princípio da dignidade da pessoa humana como pilares fundamentais. Desenvolve variados argumentos, tais como: o princípio da separação dos poderes, vinculação orçamentária que encontra seus limites na Constituição além de desenvolver conceitos extremamente importantes, como a dignidade humana, princípio da proporcionalidade até concluir na ideia central de mínimo existencial que para o autor é “o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana”.⁵⁹

O mínimo existencial assume o caráter de uma autêntica regra jurídica. Caso a atuação restritiva dos poderes públicos ameaçar este mínimo, haverá a violação de uma regra, de modo que a restrição se evidencia como ilegítima e inconstitucional, já que o conceito de mínimo existencial é a exteriorização e afirmação de direitos constitucionais assegurados pela Carta Magna.

Dessa forma, torna-se impossível a aplicabilidade da cláusula da “Reserva do Possível” de forma a não conceder o mínimo existencial. Assim,

⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais* p. 129-130.

⁵⁹ BARCELLOS, A. P. de. O mínimo existencial..., p. 45; ALEXY, R. Teoria de los Derechos..., p. 494-495.

não será possível que em nome da Reserva do Possível, o comando constitucional seja destituído de eficácia.

No tocante aos limites, é necessário vislumbrar dois objetivos a serem alcançados: inicialmente, a universalidade da prestação essencial (a essencialidade, compreendida pelas prestações assistenciais que compõem o mínimo existencial – atenção apropriada à saúde), que se não atendidos, podem colocar o indivíduo em risco de sofrer danos graves, segundo, a maior otimização.

O autor Edson Luís Kossman, propõe como alternativa uma espécie de “pirâmide de abrangência” à possibilidade de determinada prestação assistencial à saúde. Para tal, o autor diz que:

a base da pirâmide (sentido horizontal) é formada pela garantia da “essencialidade universal”, ou seja, antes de qualquer outra análise, deve se ter garantido a prestação essencial à saúde de forma universal; o topo da pirâmide (sentido vertical), formada pelo máximo da “excepcionalidade individual” possível, sem comprometer a garantia da essencialidade universal. Assim, a pirâmide de abrangência terá a sua base da largura suficiente para garantir a essencialidade universal, já o seu topo será da altura máxima possível para atender a excepcionalidade individual, considerando a altura máxima possível, como o limite alcançável, desde que não comprometa sua largura (a essencialidade universal).⁶⁰

Neste explanação, o autor tenta criar um modelo teórico para concatenar as necessidades e classificá-las, buscando assim, mecanismos para tornar possível, viável e equânime a prestação universal e eficaz da assistência à saúde.

Por último, segundo o princípio que determina a participação da comunidade, seja ela direta ou indireta, diz respeito tanto à definição, quanto relativamente ao controle social das ações e políticas de saúde. A participação pode ser feita por representantes da sociedade civil em Conferências de

⁶⁰Kossmann, Edson. A Constitucionalização do princípio da eficiência na Administração Pública. Porto Alegre: Fabris, 2015, p. 113.

Saúde, ou até pela participação direta, já que a Constituição assegura que os próprios indivíduos interajam no processo de definição das políticas públicas de saúde.

Importante salientar que a própria compreensão da cidadania se modifica, torna-se mais afinada aos ditames constitucionais quando toma como núcleo fundamental a participação. Nesse diapasão, conceito proveitoso é o formulado por Valério de Oliveira Mazzuolli, *in verbis*:

A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de participação dos indivíduos na vida da sociedade e nos negócios que envolvem o âmbito de seu Estado, alcançados, em igualdade de direitos e dignidade, através da construção da convivência coletiva, com base num sentimento ético comum capaz de torná-los partícipes no processo do poder e garantir-lhes o acesso ao espaço público, pois democracia pressupõe uma sociedade civil forte, consciente e participativa.⁶¹

J. J. Calmon de Passos, também aludindo à cidadania sob seu viés participativo e dinâmico, assim se expressa:

[...] a cidadania, em sua plena abrangência, engloba direitos políticos (participação), direitos civis (autodeterminação) e direitos sociais (pretensão a prestações públicas). Ser cidadão, portanto, importa na titularidade de direitos nas três esferas apontadas, vale dizer, de um poder de vontade não subjetivo a limitações e controles que o anulem ou inviabilizem. E mais, a exclusão de qualquer das esferas apontadas, ou a limitação em qualquer delas, e fragilização da cidadania. Ser cidadão plenamente significa poder de participação efetiva na vida política e participação com preservação do poder de

⁶¹ MAZZUOLÍ, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, cidadania e educação: do pós-segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988*. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001, p.20. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 26 de janeiro de 2016.

autodeterminação pessoal, seja em termos de impor abstenções ao Estado, seja em termos de lhe exigir prestações.⁶²

Eis, em termos globais, a acepção maior da palavra cidadania, pode ser concebida como a efetiva participação democrática do indivíduo nas questões do poder, possibilidade real de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivar os objetivos politicamente definidos na Constituição, objetivos estes que refletem, portanto, os interesses que derivam da própria sociedade.

A transferência do poder decisório das políticas públicas de saúde, para as esferas subnacionais de poder, como por exemplo os Municípios, impulsionou a participação da comunidade no sistema. Na visão do Ministério da Saúde, pode-se definir gestão participativa como sendo:

Uma estratégia transversal, presente nos processos cotidianos do SUS, que possibilita a formulação e deliberação pelo conjunto de atores no processo de controle social. Requer a adoção de práticas e mecanismos que efetivem a participação dos profissionais de saúde e da comunidade. Pressupõe a ampliação de espaços públicos e coletivos para o exercício do diálogo e da participação, de forma a construir um conhecimento compartilhado sobre saúde (...). Assim, a Gestão Estratégica e Participativa constitui-se em um conjunto de atividades voltadas para o aprimoramento da gestão do SUS, visando maior eficácia, eficiência e efetividade, por meio de ações que incluem o apoio ao controle social, à educação popular, à mobilização social, à promoção da equidade em saúde, ao fortalecimento da articulação entre as esferas de gestão, à escuta qualificada da população pelas ouvidorias em saúde, à auditoria, (...)⁶³

A participação da comunidade, suas propostas e denúncias, se realizam, prioritariamente, nos canais de participação popular e no âmbito das agências reguladoras, tais como a ANVISA- Agência Nacional de Vigilância

⁶²PASSOS, J. J. Calmon de. *Cidadania tutelada*. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001, p. 09. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 26 de janeiro de 2016.

Sanitária, ANS- Agência Nacional de Saúde, CONAMA- Conselho Nacional de Meio Ambiente etc.

É sabido e evidente também que a Administração Pública tem o dever de prestar contas à sociedade, não obstante, o mecanismo *accountability*, ainda não é reconhecido em sua plenitude em nossas instituições. Os autores Pinho e Sacramento discorrem sobre o assunto, em importante lição:

Verifica-se, pois, que a ideia contida na palavra *accountability* traz implicitamente a responsabilização pessoal pelos atos praticados e explicitamente a exigente prontidão para a prestação de contas, seja no âmbito público ou no privado. (...)⁶⁴

No sentido de completar o aprofundar o tema sobre *accountability*, Rodrigues assim dispõe que:

A *accountability* poderia dividir-se, essencialmente, em manifestações institucionais de característica *horizontal* (refere-se ao controle exercido mutuamente entre os poderes institucionalizados, a separação dos poderes, por exemplo) e *vertical* (caracteriza-se ia pela coadunação em torno da prestação de contas e consequentemente a sujeição ao exame e veredito popular por meio das eleições, gerando, ou não, nova delegação de competência decisória).⁶⁵

Importante salientar que, a obrigação de prestação de contas, principalmente no que tange à gestão da saúde é uma obrigação dos gestores que estão à serviço público. Deste modo, a transparência na gestão da saúde é extremamente necessária e inaceitável se torna o serviço em prol de partidos políticos ou interesses pessoais, o que seria a caracterização de desvio de

⁶³ BRASIL/MS, 2012, p. 18-19.

⁶⁴ PINHO, José Antonio Gomes. SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability: já podemos traduzi-la para o português?* Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: nov/ dez de 2009, p. 1347.

⁶⁵ RODRIGUES, Diego de Freitas. *Instituições e accountability na teoria democrática contemporânea: considerações sobre qualidade e eficácia democrática*. Disponível em: <http://www.justiciaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-revista-2-artigo-2-diego-rodrigues>. Acesso em: 17/12/2015.

função pública. Infelizmente, nas instituições brasileiras, ainda não se tem consolidado a importância do *accountability* político e institucional. É dever da população brasileira, fruto de uma cidadania ativa, construir e consolidar, este importante instrumento democrático.

2.3 CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE IMPÕEM DEVERES DE PRESTAÇÃO AO ESTADO, TRANSFORMAÇÃO E REORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E O DESAFIO DA IMPLEMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE.

No intuito de dissertar e melhor compreender a as normas constitucionais que impõem deveres de prestação ao Estado e a relação existente entre o princípio da eficiência, importante se faz o entendimento sobre o que seja serviço público. Não obstante, essa definição não constitua traço unânime na doutrina, pela dificuldade de definir com precisão, o seu conceito.

Nos dizeres do autor Carvalho Filho, a expressão serviço público admite dois sentidos fundamentais, um subjetivo e outro objetivo. O primeiro leva-se em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade. Já no segundo, que será o desenvolvido na presente dissertação, o serviço público é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes.

Entende-se por serviço público, segundo Hely Lopes Meirelles

“todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.⁶⁶

Já na visão de Maria Sylvia Di Pietro, serviço público é:

“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerce diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público”⁶⁷

Dentre as inúmeras classificações de serviço público, será

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros, São Paulo, 1993.

⁶⁷ PIETRO. Maria Sylvia. Direito Administrativo. Ed. Atlas, São Paulo, 1993.

dirigida a visão sobre o “serviço público de saúde”. Dentro deste enfoque, o serviço público de saúde é um serviço social, ou seja, o Estado o executa para atender aos reclamos sociais básicos e os serviços assistenciais e protetivos. Pode-se classificá-lo também, como sendo um serviço de utilidade pública, visto que, é destinado aos indivíduos para um gozo ou fruição direta, além de ser um serviço essencial à população. Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo, como exposto acima, o Estado saiu da era do individualismo exarcebado, para ser caracterizado como o Welfare State (Estado de bem estar), dedicado a atender ao interesse público.

Os princípios gerais que regem o serviço público, na lição de José dos Santos Carvalho Filho, podem ser subdivididos em quatro: São eles o princípio da generalidade, da continuidade, da eficiência e o da modicidade.

O princípio da generalidade, apresenta um duplo viés, visto que, de um lado diz que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, e de outro, diz que os serviços públicos devem ser prestados sem discriminação, aplicando assim, o princípio da isonomia e da imensoalidade (art. 37 da CF).

No que tange ao conceito do princípio da continuidade, o princípio prescreve, que os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque colapso. Evidente, que a continuidade dos serviços públicos não tem caráter absoluto, embora deva constituir regra geral.

O princípio da continuidade justifica e é justificado pelo princípio da eficiência ou também denominado “qualidade do serviço prestado”. Este princípio foi acrescentado na Carta Magna pela EC nº 19/98, no *caput* do art. 37 e preceitua que o Estado preste seus serviços com a maior eficiência possível. Para isso, o Poder Público deve se atualizar com os novos processos tecnológicos, além de ser feito periodicamente avaliações sobre o proveito do serviço prestado, o que será um ótimo parâmetro para o administrador público, visto que assim, saberá onde está as demandas sociais, o que é urgente ou não, direcionando assim os recursos econômicos para a atividade. E para que isso ocorra, deve ser observado, a produtividade conjugada com a economia,

visando com isso, a redução dos desperdícios do dinheiro público.

Esse novo paradigma, fez com que o Estado Brasileiro passasse por reformas que foram propostas principalmente no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, proposto pelo Ministério da Administração e da Reforma do Estado – MARE, aprovado em 21 de setembro de 1995, que tinha por objetivo tornar a administração pública mais eficiente. Uma das consequências deste plano, foi a aprovação da Emenda Constitucional nº 19/98, que introduziu o Princípio da Eficiência no rol de princípios constitucionais que devem orientar a Administração Pública, não obstante, tal princípio não era alheio ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que a reforma administrativa de 1967 aprovou o Decreto lei nº 200/67, sujeitando a Administração indireta ao controle da eficiência administrativa.

Portanto, este decreto estabelecia que a Administração Federal deveria se submeter ao controle de resultados (art. 13 e 25, V), fortalecendo o sistema de mérito, em relação a utilização e aplicação dos recursos públicos (art. 25, VIII), sujeitando a Administração indireta à supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art. 26, III) e, recomendando a demissão ou dispensa de servidores comprovadamente ineficientes ou desidiosos no cumprimento de suas atribuições, conforme verificação e apuração em procedimento administrativo próprio (art. 100).

Deste modo, embora a EC 19/98 tenha incluído o Princípio da Eficiência no art. 37 da CF, essa inclusão não traz nenhuma novidade ao ordenamento jurídico brasileiro, seja constitucional ou infraconstitucional.

No que tange a lógica liberal, eficiência do Estado, significa fazer mais com menos, deste modo, busca-se um Estado “enxuto”, voltado especialmente para as atividades de interesse público essenciais. Quando se fala em eficiência, no sentido amplo, pode se estar falando, em eficiência administrativa, econômica ou técnica. É necessário que se tenha presente que objeto se está a analisar. Deste modo, quando se fala em eficiência estatal aos serviços públicos que o Estado oferece ou deveria fazê-lo, estes devem ser prestados de forma eficiente, tanto quantitativa como qualitativamente à universalidade das pessoas que dele necessitam.

Para fins de ilustração, Luciano Parejo Alfonso⁶⁸ fala das seguintes espécies de eficiência:

“**eficiência operativa**”, que consiste na realização de um bom planejamento e formulação de metas; “**eficiência adaptativa**” consiste na capacidade de adaptar a novas necessidades, reformular a metas anteriormente previstas; “**eficiência técnica**”, é a relação entre os recursos disponíveis e os resultados buscados; “**eficiência econômica strictus sensu**”, consiste na relação entre o custo e o valor do resultado alcançado; “**eficiência econômica consignativa**” consiste na ótima distribuição dos recursos disponíveis; e a “**eficiência econômica produtiva**”, que é o maior rendimento com a utilização dos recursos ou minimização dos custos de produção.

O Princípio da Eficiência não pode ser entendido como a subordinação da atividade administrativa à simples racionalidade econômica, que busca o lucro e a acumulação da riqueza como fim último. Marçal Justen Filho comunga esta ideia quando diz:

A eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. Numa empresa privada, a autonomia autoriza organizar os fatores da produção segundo finalidades buscadas egoisticamente pelo empresário- o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, não apenas aqueles de cunho econômico.⁶⁹

A eficiência administrativa deve ser compreendida sob os princípios basilares da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Para se ter uma administração eficiente é necessário, portanto, racionalizar e aproveitar o máximo das potencialidades existentes e disponíveis para assim, alcançar o resultado quantitativo e qualitativo almejado ou ao menos satisfatório.

Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho, é importante a distinção entre eficiência, eficácia e efetividade. Assim preceitua o autor:

⁶⁸ ALFONSO, Luciano Parejo. *Eficácia y Administración* – Três Estúdios. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995, p. 97-98.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 85.

A eficiência transmite sentido relacionado ao **modo** pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os **meios e instrumentos** empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade, voltada para os **resultados** obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos.⁷⁰

Para os autores Pereira Junior e Marines Dotti, o Princípio da Eficiência vincula os gestores públicos no sentido de:

agir mediante ações planejadas com adequação, executadas com menor custo possível, controladas e avaliadas em função dos benefícios que produzem para a satisfação do interesse público⁷¹.

Importante frisar, que um Estado socialmente comprometido, com mais condições de responder às necessidades básicas da população, não significa necessariamente estado ineficiente. O Estado pode e deve ser suficientemente capaz, tendo as estruturas necessárias para atender as demandas sociais.

Já no que tange ao tema eficiência, não querendo esgotar o tema, mas à título de citação, importante se faz a discricionariedade administrativa, visto que é a partir dela que será aplicado o princípio da eficiência.

O ordenamento jurídico confere ao agente público uma margem de liberdade. Esta pode ser traduzida como discricionariedade administrativa. O dever de boa administração inspira a discricionariedade administrativa, que está intimamente ligado ao princípio da eficiência. A competência discricionária consiste portanto, na liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para escolha, dentre as alternativas oferecidas, daquela que melhor

⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Ed. Lumen Júris. Rio de Janeiro, p. 30. 2009.

⁷¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marines Restelatto. A licitação no formato eletrônico e o compromisso com a eficiência (Projeto de Lei nº 7.709, de 2007. *Revista Interesse Público* ano 9, n44, jul/ago. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 189.

atenda ao interesse público específico, tendo, por conseguinte, espaço livre para o juízo de conveniência e oportunidade, subordinando-se à competência, à forma e às finalidades legais.

O autor Wallace Paiva Martins, discorre brilhantemente sobre a discricionariedade administrativa. Assim o diz que,

a margem de liberdade resulta da norma jurídica sob vários aspectos, outorga contida na norma, atuação facultativa, insuficiência da lei em relação a todas as situações supervenientes à sua edição, pluralidade de opções, escolha do momento, previsão da competência e imprevisão da conduta, emprego de conceitos jurídicos indeterminados de valor; podendo senti-la na hipótese (motivos enunciados por conceitos indeterminados) ou no mandamento (faculdade de um comportamento em vez de exigí-lo) da norma jurídica, no momento da prática do ato, nos elementos do ato como o objeto (mera faculdade de agir ou prescrição de mais de uma opção para agir), o motivo (emprego de conceitos indeterminados de valor ou indefinição do próprio motivo) e a finalidade (utilização de conceitos indeterminados de valor como fim específico).⁷²

A tutela jusfundamental da saúde efetiva-se como dever fundamental, conforme está positivado no art. 196 da CF/88 “saúde é direito de todos e dever do Estado...”. Neste ínterim, pode-se observar que os deveres fundamentais relacionados ao direito à saúde, podem impor obrigações de caráter originário, como no caso das políticas de implementação do SUS, da aplicação dos recursos em saúde e do dever geral de respeito à saúde. É de se notar que, o principal destinatário dos deveres fundamentais é o Estado, o que não afasta uma eficácia no âmbito privado. Neste sentido, a noção de deveres fundamentais conecta-se ao princípio da solidariedade, no sentido que toda a sociedade é responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde.

O fato é que inúmeras vezes o texto legal, os ditames constitucionais, além das inúmeras leis, decretos e portarias que vigem no setor da saúde, não vão ao encontro da realidade fática. Mais uma vez o plano

⁷² JÚNIOR, Wallace. *A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência*. Revista dos Tribunais, 2001.

formal diverge do plano fático. A título de exemplificação cito dentre inúmeros casos de desrespeito ocorridos no Brasil, o “caos na saúde do Rio de Janeiro”⁷³, publicado pela folha em 24.12.2015, no qual o governador Luiz Fernando Pezão decretou situação de emergência, em virtude da falta de recursos financeiros.

⁷³ Dados obtidos no site: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1722776-crise-na-saude-faz-hospitais-do-rio-fecharem-emergencia.shtml>. Acesso em 08.01.2016.

3 A EFICIÊNCIA DAS PARCERIAS PÚBLICO- PRIVADAS NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

3.1 RECURSOS FINANCEIROS FINITOS VERSUS DEMANDAS SOCIAIS MÚLTIPLAS A ATENDER: DELIMITAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO PRIVADA COMPLEMENTAR.

Em um anseio de se definir um conceito de valor na assistência à saúde, recorre-se aos autores Michael Porter e Elizabeth Teisberg,⁷⁴ que realizaram um grandioso estudo sobre saúde nos EUA e chegaram as seguintes conclusões: constataram que a crise da saúde deve-se a falhas na forma de competição, pois competem para minimizar custos com restrições de coberturas, procedimentos, limitação de serviços, gerando assim, um tratamento insuficiente e uma qualidade baixa nos serviços prestados.

Os autores supra citados apresentaram um modelo importante para aprimorar a qualidade e reduzir os custos. Para tal, pautam na figura do paciente, baseada em valor e focada em resultados. O valor na assistência à saúde deve estar integrado em toda a linha de cuidado, desde o monitoramento e prevenção, passando pelo tratamento e estendendo até a reabilitação e consequente acompanhamento do paciente. Nesta esteira de pensamento, a competição deste novo modelo de pensamento perpassa toda a linha de cuidado e as informações sobre o paciente são acumuladas e compartilhadas, assim, todos os envolvidos se beneficiam, possibilitando um controle sobre os custos e uma melhor qualidade na saúde dos cidadãos.

Para melhor contribuir com os autores, pode-se incorporar nesse importante estudo, os seguintes pontos como premissas fundamentais à efetividade do direito fundamental à saúde:

A saúde é uma atividade que o valor social sobrepõe ao econômico. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana como imperativo de justiça social deve ser efetivado.

Medidas como incorporar a ética como valor indispensável; a

⁷⁴ PORTER, Michael; TEISBERG, Elizabeth. Repensando a saúde: estratégias para melhorar a qualidade e reduzir os custos. Porto Alegre: Bookman, 2007.

responsabilidade social e valores como responsabilidade social, honestidade, probidade, desenvolvimento sustentável.

Implementar mecanismos de educação ao consumidor, para que seja assegurado o direito de escolha, como meio para a implementação não apenas de uma liberdade negativa mas da liberdade positiva, pois o princípio da transparência e da informação são basilares para que informações prestadas adequadamente gerem boas escolhas.

Os produtos e serviços devem ser dispostos no mercado de consumo pelos fornecedores com qualidade, respeitando o CDC e as legislações específicas.

O direito do consumidor foi tratado na Carta Magna em vários dos seus dispositivos. Pode-se ser destacado dentre os direitos individuais e coletivos o art. 5º, XXXII, da CF/88, ao determinar o dever do Estado de promover a defesa do consumidor. Neste aspecto, o art. 48 da ADCT dispõe sobre a elaboração do Código de Defesa do Consumidor. A defesa do consumidor foi elevada à categoria de princípio informador da ordem econômica brasileira, o que está disposto no art. 170, V da CF/88.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi posto como um microssistema próprio, como lei principiológica, devendo para tal, todas as leis específicas se subordinarem a ele no que tange as relações consumeristas. Os princípios fundamentais que se destacam são: a vulnerabilidade do consumidor; a boa-fé objetiva, a transparência e a informação.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor deve-se pelo fato de que quem detém o conhecimento técnico do produto ou do serviço colocado no mercado de consumo é o fornecedor.

As cláusulas contratuais, em termos gerais, seguem as normas da legislação consumerista. Segundo Ingo Sarlet, destacando o princípio da vulnerabilidade do usuário, comenta que este envolve pelo menos dois aspectos:

- a) a situação pessoal e individual do beneficiário, já que a saúde constitui condição para o exercício pleno da autonomia individual e para a fruição dos demais direitos, ademais de incluir-se num padrão mínimo (mínimo existencial) a uma vida digna e com

certa qualidade; b) a vulnerabilidade decorrente da posição ocupada pelo indivíduo nos contratos de planos e seguros de saúde – contratos cativos de longa duração, na medida em que se desenrolam por um período muito longo de tempo, gerando expectativas e dependência por parte do usuário e submetendo-se, não raras vezes, a sucessivos regramentos legais. Por tais razões, importa reconhecer a incidência de um sistema de tutela reforçada do usuário consumidor paciente, decorrente da convergência dos específicos deveres jusfundamentais de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, CF/88) e de proteção da saúde do consumidor.

A boa fé objetiva trazida pelo CDC denota a conduta social pautada por valores éticos, de lealdade, honestidade e probidade. Já o princípio da transparência traduz-se na imposição ao fornecedor do dever de ofertar e apresentar produtos e serviços com informações claras, precisas, esclarecedoras. Conectado ao princípio da transparência está o princípio da informação, que é a base para o consumidor de seus direitos e deveres, bem como o produto ou serviço, no que toca à composição, qualidade, preço, riscos do produto. Busca-se portanto, que o consumidor através da informação segura e correta possa contratar com segurança.

É aplicável à legislação sanitária, as normas de tutela que asseguram o direito e o dever de informação, a inversão do ônus da prova, a proteção contra as cláusulas abusivas, a boa fé objetiva, a proteção contra a lesão enorme e contra a alteração da base do negócio jurídico. Em suma, a legislação consumerista é aplicável aos contratos de saúde.

Os serviços de saúde, mesmo prestados pela iniciativa privada, não perdem o caráter de “relevância pública” (art. 197, CF/88). Assim, a responsabilidade pela execução adequada dos serviços de saúde deve submeter-se à dupla incidência da proteção fundamental do consumidor e do titular do direito à saúde.

Em se tratando de direito à saúde, deve-se ter como parâmetro que o consumidor deve ser considerado pelo fornecedor como seu paciente, parceiro, até mesmo pelo fato que ele é fonte de sustentabilidade de recursos para a empresa. Para que isto aconteça, necessário se faz o desenvolvimento

de mecanismos que colaborem para esta empreitada. Sito algumas sugestões tais como, a possibilidade de trocar de operadoras, sem a necessidade do cumprimento de novas carências, o que contribuirá para estimular a concorrência e a livre escolha do consumidor em relação às operadoras e consequentemente melhoria dos serviços prestados e diminuição nos preços. A criação de um índice econômico próprio do setor, também é outro fator que minimizará os efeitos provocados por reajustes das mensalidades dos consumidores.

Para que haja verdadeiramente a promoção do direito à saúde, faz-se necessário uma mudança de paradigma que inclui o envolvimento e a participação de todos os “atores” do setor. Para tal, deve-se ter o foco da atenção centrada no consumidor, com a implementação de medidas de cunho fático, como o incentivo às operadoras de planos de assistência à saúde à atuarem como gestoras de saúde mediante a promoção, prevenção e recuperação da saúde de seus consumidores; assim como implementar políticas públicas que estimulem o desenvolvimento da consciência sanitária nos consumidores para a prevenção de doenças, visando assumir o gerenciamento da própria vida com estilo de vida e consumo saudável; criar mecanismos de inter- relacionamento entre os órgãos governamentais, seja ele o Ministério da Saúde, ANS, órgãos executivos e reguladores para a regulação do setor e consequente promoção do direito à saúde.

Fato incontroverso é que ainda há muito a melhorar, mais deve-se citar as grandes “vitórias” após a implementação do CDC e em relação ao sistema de saúde privado, supletivo ou suplementar, positivado na Lei 9.656 de 03.06.1998 e da MedProv 2.177-44 de 24.08.2001 que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde no âmbito de proteção ao consumidor, deve ser destacado grandes avanços como: as regras institucionais e econômico financeiras estabelecidas para as operadoras, a criação de ouvidorias, à implementação de serviços de atendimento ao cliente, o controle governamental de reajustes de preço dos planos de saúde individuais, a delimitação dos prazos de carência, o controle do descredenciamento da rede hospitalar.

3.2 O SENTIDO DA CONCESSÃO DAS PARCERIAS (PPP) E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS :

O sistema de saúde brasileiro se caracteriza por seu hibridismo. De um lado, está o subsistema público, caracterizado pela rede própria e a conveniada ou contratada ao SUS- Sistema Único de Saúde e, de outro, está o subsistema privado, que se caracteriza pela rede privada de serviços de assistência à saúde, bem como pela cobertura de risco pelas operadoras de planos de saúde. É importante frisar que, a saúde não pode ser vista isoladamente, mas associada a políticas públicas de saneamento, alimentação, transporte, lazer, ambiente equilibrado e emprego.

O setor de saúde, é submetido à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar –ANS, agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde. A finalidade da ANS é fiscalizar, regulamentar, monitorar o mercado de saúde suplementar, no intuito de inibir práticas abusivas ao consumidor.

As leis nº 8.080 de 19.09.1990- Lei Orgânica da Saúde e Lei nº 8.142 de 28.12.1990 dispõem sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, bem como sobre o sistema de transferência de recursos financeiros capitaneados pelo Ministério da Saúde. Já em relação ao sistema de saúde privado, supletivo ou suplementar, a Lei nº 9.656 de 03.06.1998 e da MedProv 2.177-44 de 24.08.2001 que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, como mencionado alhures.

A partir da promulgação da Carta Magna de 1988 e a regulamentação do SUS, os municípios passaram a ter autonomia para contratar serviços de saúde junto ao setor privado, como forma complementar é o que dispõe o art. 199 da CF e arts. 24 e 25 da Lei nº 8.080/90⁷⁵.

⁷⁵ Art. 199 CF: As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Art. 24 da Lei nº 8.080/90: Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área do Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo Único: A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25 da Lei nº 8.080/90: Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Em relação ao SUS, as contratações de serviços podem ser reguladas por meio do edital de credenciamento (chamada pública), que constitui uma modalidade de inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei nº 8.666/93). Neste procedimento, o Gestor convoca os prestadores de serviços de saúde que estão cadastrados a integrarem a rede de serviços tendo como paradigma a Tabela Unificada de Procedimentos do SUS.

O Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 1.034/2010⁷⁶, que definiu normas claras a respeito da contratação ou a formalização de convênios, visando à prestação de serviços complementares de saúde. Em seu §1º do art. 2º a portaria diz que “*a complementação dos serviços deverá observar aos princípios e diretrizes do SUS, em especial, a regionalização, a pactuação, a programação, os parâmetros de cobertura assistencial e a universalidade do acesso.*”

A Gestão Municipal do SUS, ao iniciar o processo de contratação, deve cumprir alguns requisitos, dentre eles pode-se citar: A identificação do desenho da própria rede (capacidade instalada), o cadastro de prestadores de serviços de saúde no território, a avaliação da necessidade de contratação dos serviços. Constatada a necessidade de contratação, deve-se definir normas claras e procedimentos para a habilitação/ credenciamento de serviços, o que culminará na elaboração do Edital de Chamamento Público (processo de inexigibilidade de licitação). Após esta fase deverá ser criada uma comissão de credenciamento de serviços que conduzirá o processo, que deverá correr com ampla divulgação e transparência, desde o edital até a publicação do extrato do contrato atendendo ao princípio constitucional da publicidade.

Importante salientar que, a formalização do contrato administrativo deverá cumprir os requisitos estabelecidos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos no que diz respeito às cláusulas necessárias, conforme art. 55 da Lei 8.666/93.⁷⁷

⁷⁶ Portaria nº 1.034/2010: dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde.

⁷⁷ Art. 55 da Lei 8.666/93: São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: I- o objeto e seus elementos característicos; II- regime de execução ou a forma de fornecimento; III- o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do

O instituto da concessão de serviços públicos corresponde à atribuição de serviço de responsabilidade pública a um interessado que se compromete a executá-lo em nome próprio e por sua conta e risco, nos moldes fixados unilateralmente pela Administração, mediante remuneração e com garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro. A concessão de serviço público apresenta as mesmas características inerentes aos contratos administrativos.

Nos termos da lei nº 8.987/95, no artigo 2º, inciso II, tem-se por concessão de serviço público a “*delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado*”.

É de bom alvitre lembrar que, em que pese executar serviço de natureza pública, o concessionário não passa a integrar o corpo da administração estatal, continua sendo um particular, porém no exercício de função pública. Conforme doutrina de José Cretella Júnior, a concessão gera o “*exercício privado de função ou serviço público*”⁷⁸. Nesse norte, não existem possibilidades de transferência de poderes públicos a uma entidade privada, uma vez que estes são exclusivos e inerentes às pessoas jurídicas públicas, podendo-se tão-somente delegar o exercício de determinadas funções e poderes.

Portanto, a definição jurídica do contrato de concessão de serviço público pode ser resumida como a cessão da execução de serviço ou função de cunho público a um particular que por tal prestação se interesse, este que atuará em nome próprio e por sua conta em risco, e se beneficiará com remuneração para o desempenho dos serviços contratados.

reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; (...) VI – as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas; VII- os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; VIII- os casos de rescisão; IX- o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei; (...)

⁷⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 278.

Como é cediço, e nesta pesquisa explicitado, o Estado, suas relações com seus subordinados, seus objetivos e finalidades foram objeto de um processo de evolução que acompanhou o próprio desenvolvimento da sociedade, em perfeita consonância com as peculiaridades apresentadas por cada época, em cada lugar, a cada sociedade. Destarte, ainda que invariavelmente vise ao bem público, pode o Estado chamar a si certos serviços ou permitir que os particulares os executem.

Não obstante, como já aduzido, ao longo de seu desenvolvimento, o que se percebeu foi uma extensão demasiada desproporcional da competência do Estado, decorrente da multiplicação desmedida de novas atribuições e encargos para a máquina administrativa, causada pela exigência dos próprios administrados, que supunham detivesse o Estado a prerrogativa de solucionar problemas que eles não solucionavam por pura inépcia ou mesmo total impossibilidade de fazê-lo.

Nesse diapasão, tem o Estado engendrado o descongestionamento de seus órgãos, propondo uma divisão mais equitativa e racional do trabalho entre os particulares e o Poder Público. Fala-se no fenômeno da *desestatização*, pelo qual assume o Estado um novo papel no tocante à maneira de prestar e gerir os serviços públicos, o que culmina em maior descentralização administrativa, tudo sob o estandarte da melhor execução da função administrativa, e, assim, atender às demandas da coletividade com maior eficiência. Não obstante, esse novo paradigma não pode ser visto de maneira absoluta no que diz respeito ao direito à saúde, visto que é um direito essencial, não podendo o Estado dispor totalmente de seu ônus. Desta feita, a participação privada deve ser vista de maneira suplementar, como já exposto alhures.

De fato, os serviços públicos, enquanto objeto de concessões, terceirizações e mesmo das chamadas parcerias público-privadas, podem submeter-se à desestatização, que, conforme doutrina de José dos Santos

Carvalho Filho⁷⁹, guarda certa distinção do termo *privatização*, indicativo este de diminuição do Estado, desregulação, alienação em caráter definitivo das políticas públicas, perda do caráter público da atividade transferida, o que não ocorre na concessão.

Em verdade, sob os preceitos da desestatização, o Estado apenas despe-se da condição de executor exclusivo dos serviços públicos e a transfere à iniciativa privada, resguardando-se, todavia, como o titular de tais serviços, que, deveras, continuam a caracterizarem-se como públicos. A Administração Pública permanece, e é vital que assim proceda, como gerenciadora, reguladora e fiscalizadora sobre os novos executores dos serviços, preservando o interesse público e viabilizando a aplicação dos princípios norteadores da função administrativa.

Incide sobre as modalidades especiais de concessão, o regime jurídico diferenciado dos contratos de *parcerias público-privadas*, acordo celebrado entre a Administração Pública e entidade do setor privado com o desígnio de implantar ou gerir determinados empreendimentos públicos, podendo, em conformidade com a natureza do serviço a ser prestado, implicar em realização de obras de infraestrutura setorial, resguardada a garantia de responsabilidade solidária quanto aos riscos e lucros do empreendimento entre os parceiros público e privado, o que se dá, por tratar-se de concessão especial, com a contraprestação pecuniária a ser assumida pela concedente em proveito do concessionário.⁸⁰ Vale mencionar: seu objeto, como invariavelmente vislumbra-se nos contratos de concessão de serviço público, será a prestação de utilidade ou comodidade fruível pelos administrados.⁸¹

Conforme será indicado a diante, parece ser o regime jurídico das modernas parcerias público-privadas o mais pertinente no tocante ao fenômeno da descentralização administrativa.

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 313.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 83.

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 2007, p. 728.

Segundo o autor, José dos Santos Carvalho Filho, as parcerias público privadas é melhor caracterizada como sendo uma modalidade especial dos contratos de concessão. Deste modo, a natureza jurídica desse tipo de ajuste é a de **contrato administrativo de concessão de serviço público**. O autor o conceitua como:

O acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.⁸²

A Lei nº 11.079/04, instituiu normas gerais sobre licitação e o que denominou na ementa de “contratação de parceria público privada, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Em seu art. 2º, estabelece a citada lei que, “parceria público privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 406.

3.2.1 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL Á SAÚDE NA ATUAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA

Como já abordado no item anterior, a efetividade no controle e fiscalização dos contratos administrativos, bem como a formalização desse instrumento devem ser regidos pela Administração Pública, respeitados os preceitos legais, em especial o art. 55 da Lei de Licitações. No tocante às condições previstas nas cláusulas dos instrumentos contratuais, a Administração têm o poder de exercer prerrogativas sobre o particular amparado pelo princípio da supremacia do interesse público. Deste modo, os contratos administrativos podem ser revistos e alterados por interesse e conveniência da Administração Pública, podendo até sofrer alterações em virtude de uma fato ou situação nova, na qual seja necessário adequar o instrumento contratual, com base no amparo legal do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.⁸³

Nesta dissertação, não abordarei outro tema importante para a Administração Pública que é o convênio administrativo, visto que este compreende a formalização de parcerias com instituições de saúde sem fins lucrativos no SUS, o que não é o foco principal. A título de exemplificação, trago Meirelles, a comentar sucintamente o assunto:

(...) No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes (...)⁸⁴

Deste modo, optou-se por priorizar as parcerias ocorridas quando os interesses em tese são opostos. Para tal, para que ocorra a efetividade do direito fundamental à saúde na atuação da iniciativa privada, imprescindível se torna o acompanhamento do gestor e da Gestão Municipal do SUS, no controle e fiscalização dos contratos celebrados. Neste aspecto, assume primordial

⁸³ Art. 65 da Lei 8.666/93: Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I- unilateralmente pela Administração; a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; II- por acordo das partes; (...)

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

relevância a auditoria, que de acordo o Ministério da Saúde por ser conceituada como:

(...) o exame sistemático e independente dos fatos pela observação, medição, ensaio ou outras técnicas apropriadas de uma atividade, elemento ou sistema para verificar a adequação aos requisitos preconizados pelas leis e normas vigentes e determinar se as ações e seus resultados estão de acordo com as disposições planejadas. A auditoria, por meio da análise e verificação operativa, possibilita avaliar a qualidade dos processos, sistemas e serviços e a necessidade de melhoria ou de ação preventiva/ corretiva/ saneadora. Tem como objetivo propiciar ao gestor do SUS informações necessárias ao exercício de um controle efetivo, e contribuir para o planejamento e aperfeiçoamento das ações de saúde.⁸⁵

Segundo o Ministério da Saúde são finalidades da auditoria:

As finalidades da auditoria são: aferir a preservação dos padrões estabelecidos e proceder ao levantamento de dados que permitam conhecer a qualidade, a quantidade, os custos e os gastos da atenção à saúde; avaliar os elementos componentes dos processos da instituição, serviço ou sistema auditado, objetivando a melhoria dos procedimentos, por meio da detecção de desvios dos padrões estabelecidos; avaliar a qualidade, a propriedade e a efetividade dos serviços de saúde prestados à população, visando à melhoria progressiva da assistência à saúde; produzir informações para subsidiar o planejamento das ações que contribuam para o aperfeiçoamento do SUS e para a satisfação do usuário.⁸⁶

O Sistema Nacional de Auditoria (SNA) está previsto no art. 16, XIX da Lei 8.080/90 e art. 6º da Lei 8.689/93, têm por finalidade a fiscalização das ações e serviços do SUS em todos os níveis de governo.

A regulamentação do SNA está disposta nos arts. 2º e 3º do

⁸⁵ BRASIL/ MS, 2011, p. 15.

⁸⁶ BRASIL/ MS, 2011, p. 17-18.

Decreto nº 1.651/95, para exemplificar melhor e ressaltar a sua importância para o serviço de saúde e fortalecimento do SUS, cito o art. 3º do decreto supra citado:

Art. 3º - Para o cumprimento do disposto no artigo anterior, o SNA nos seus diferentes níveis de competência, procederá: I- à análise: a) do contexto normativo referente ao SUS; b) de planos de saúde, de programações e de relatórios de gestão; c) dos sistemas de controle, avaliação e auditoria; d) de sistemas de informação ambulatorial e hospitalar; e) de indicadores de morbimortalidade; f) de instrumentos e critérios de acreditação, credenciamento e cadastramento de serviços; g) da conformidade dos procedimentos dos cadastros e das centrais de internação; h) do desempenho da rede de serviços de saúde; i) dos mecanismos de hierarquização, referência e contra- referência da rede de serviços de saúde; **j) dos serviços de saúde prestados, inclusive por instituições privadas, conveniadas ou contratadas; (...)**

A dicotomia existente entre o plano formal e o viés fático é gritante, a constituição de órgãos de auditoria do SUS na gestão da saúde apesar de explícito legalmente, ganha resistência por parte de alguns gestores o que culmina no sucateamento dessas estruturas e desperdício do dinheiro público. Diante desta triste realidade, o Ministério da Saúde, através do DENASUS- Departamento Nacional de Auditoria do SUS, bem como o Ministério Público e os conselhos de saúde, tornam- se aliados imprescindíveis na luta contra a corrupção e mal uso do dinheiro público.

O trabalho sério na área da auditoria trará os dados necessários para a verificação da qualidade dos serviços oferecidos à população, tanto no que se refere à estrutura do sistema, processo de trabalho, bem como o objetivo de todo o trabalho, que é a verificação e análise dos resultados alcançados na oferta de serviços de saúde. Segundo Margareth Crisóstomo, pode-se definí-los como:

Estrutura do serviço: corresponde aos recursos humanos, físicos e financeiros disponíveis para o serviço de saúde.

Processo de trabalho: corresponde à articulação entre os profissionais envolvidos, bem como sua articulação com a população

assistida em um dado território.

Resultados alcançados: corresponde às mudanças ocorridas nas condições de saúde de uma determinada população, decorrente de um serviço/política implementada, ou seja, são as melhorias dos indicadores de saúde.⁸⁷

Todo este processo que deverá ser desenvolvido na área da auditoria, em especial no plano municipal, visto que a realidade se torna mais próxima e de constatação mais fácil. Os municípios, portanto, através de seus componentes municipais de auditoria, devem cumprir o ônus de avaliar, controlar e fiscalizar os serviços da própria gestão municipal do SUS, capacitar os prestadores de serviços, bem como sua própria rede assistencial de saúde, assessorar o gestor municipal do SUS e auditar os contratos celebrados pela Gestão Municipal do SUS, realizar vistorias no prestador de serviços localizado em seu território.

A efetividade do direito fundamental à saúde no SUS, mas principalmente no que tange à atuação da iniciativa privada, só começará a dar sinais positivos através do bom uso do dinheiro público. Este virá através de uma democracia consolidada e participativa, mas também através de instrumentos constitucionais de controle da gestão como a auditoria, exercida por órgãos competentes, tais como o SNA- Sistema Nacional de Auditoria, e instituições independentes que verdadeiramente respeitem a Carta Magna como o Ministério Público.

⁸⁷ PORTELA, Margareth Crisóstomo. *Avaliação da qualidade em saúde*. In: ROZENFELD, Suely (org.).*Fundamentos da vigilância sanitária*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000, p. 260.

3.3 O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)E AS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE)

Como exposto no capítulo dois da presente dissertação, relativo aos serviços públicos, em meados do século XX, após duas grandes guerras, a humanidade passou a refletir sobre o modelo de Estado. Neste ínterim, surge, a ideia de um Estado que atenda às necessidades da população, que preste serviços com maior qualidade e serviços suficientes a recuperar valores humanos que tinham se perdido pelas grandiosas devastações ocorridas.

O autor Inocêncio Mártires Coelho, explicita que as mudanças não foram feitas de forma linear, e vai além dizendo que:

“Essas conquistas, como se sabe, foram ocorrendo ao longo do tempo e correspondem, na tipologia do Estado de Estado de Direito, ao que se convencionou chamar as suas etapas *liberal*, *social* e *democrática*, iniciadas com a Revolução Francesa, que marca a primeira fase, passando pelas transformações surgidas sobretudo após a Segunda Guerra – a sua fase social – e culminando com a densificação dos direitos fundamentais, antes apenas direitos civis e políticos, mas depois também direitos econômicos, sociais e culturais, cujo reconhecimento e realização constituem a razão de ser, o compromisso e a tônica do chamado Estado Democrático de Direito”.⁸⁸

Deste modo, após o Estado passar pelas fase liberal, social e democrática, surge assim, a busca do bem-estar social e coloca em evidência as prestações públicas positivas. Estas escancaram de vez, as limitações do Estado para fornecer os serviços necessários à configuração do estado de bem-estar social, o que torna possível a constatação que é necessário a captação de recursos da sociedade civil por meio da iniciativa privada. Volta-se ao tema das “parcerias público privadas” como forma de minimizar as necessidades da população.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 66.

Segundo Marçal Justen Filho, as parcerias público- privada surgiram com a inglesa PFI- Private FinanceInitiative e esta segundo o autor, pode ser conceituada como “uma iniciativa do governo destinada a obter financiamento do setor privado para as infraestruturas e o serviços públicos”⁸⁹ Já segundo Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro, as PFI possuía contratos com:

“(...) estrutura econômica semelhante a dos contratos de concessão de serviço público, se destinavam à prestação de serviços pelo parceiro privado à administração pública ou ao público (...) em que a remuneração do parceiro privado seria realizada, em regra, mediante pagamento de subsídio integral pelo Poder Público”.⁹⁰

A parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada não é algo inédito e pode ter vários significados. Não obstante, o sentido utilizado pela lei Federal 11.079/04, são dois: seja como uma “concessão pura de serviço público, nos moldes da Lei 8.987/1995” ou “uma prestação de serviços para a administração, em que a remuneração do parceiro privado seria realizada por meio de subsídio integral ou parcial do parceiro público”, sendo portanto, semelhante à PFI do Reino Unido.⁹¹

A revista Isto é Dinheiro de 09.12.2015, publicou uma matéria na qual cita o Reino Unido como “fonte de inspiração” do Brasil para o modelo de parceria público privada, principalmente no setor de infraestrutura. A discrepância entre o Reino Unido e o Brasil, no que concerne à matéria de “parceria público privada” é tão gritante que segundo levantamento realizado pela KPMG Brasil, desde o início do PFI- *Private FinanceInitiative*, o Reino Unido tirou do papel mais de 700 projetos de PPPs desde 1992, quando criou o plano de estímulo às parcerias, destes 33% são relativos à educação, 21% à saúde, 10% à transporte, 7% relativos a centro de atendimento, 5% a habitação

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *A privatefinanceinitiative*.Revista de Direito Público da Economia. Ano 2. n.6. Belo Horizonte: Fórum, abri.- jun. 2004. p. 136.

⁹⁰ RIBEIRO, Maurício PORTUGAL; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP- Parceria público- privada – Fundamentos econômico- jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26.

⁹¹ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Op. Cit., p. 25-26.

e 24% representa outros contratos. Em contraponto, o Brasil conta com apenas 77 projetos assinados no período de 2006 a 2015. Destas 46 são estaduais, 30 municipais e 1 federal. De 06/2014 a 02/2015 as PPPs foram relacionados a: resíduos sólidos, saneamento, transporte urbano, estacionamento, transporte aquaviário, atendimento ao cidadão, obras para quadras de esporte, revitalização de áreas urbanas e mobilidade urbana. Observa-se portanto, que desde que foram criadas em 2004 pelo governo Lula, as PPPs não decolaram até os tempos hodiernos.⁹²

Segundo James Stewart, presidente da KPMG, em entrevista à revista supra citada, a dificuldade do Brasil em seguir o modelo de parceria com empresas privadas é consequência da preferência do governo aos contratos de concessão e a relutância em contribuições para financiar os contratos.

A partir da introdução da Lei 11.079/04 (que rege os contratos de parceria público-privada) – foram introduzidos algumas inovações importantes, mas não suficientes para o fomento da infraestrutura no Brasil. Dentre as inúmeras inovações, está a obrigatoriedade de se criar uma sociedade de propósito específico (SPE) para que o contrato entre a Administração Pública e o setor privado possa ser firmado, conforme art. 9º da Lei de PPP.

A Sociedade de Propósito Específico (SPE), é uma sociedade cujo objetivo é implantar e gerir o objeto da parceria. Deste modo, esta sociedade tem uma personalidade distinta dos parceiros, seja na esfera pública ou privada, e deve ter prazo mínimo e máximo de duração.

Para elucidar o que vem a ser a sociedade de propósito específico (SPE), primordial, a sua conceituação, para melhor elucidação do assunto abordado. Para tal, segundo a Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional do Estado e Marcelo Andrade, pode-se conceitual-a, respectivamente como:

“uma entidade de direito privado a ser criada em atendimento à legislação de PPP com controle privado do capital votante para

⁹²Dados obtidos site: <http://www.istoeinheiro.com.br/noticias/economia/20151210/velocidade-dos-gigantes/323382>. Acesso em 15.01.2016

desenvolver projeto de parcerias público- privadas”⁹³

Pode-se também concebê-la como:

“uma entidade organizada sob um dos tipos societários personificáveis existentes na ordem jurídica objetivando a criação de um ente, com o concurso dos setores público e privado, para a realização de um contrato de parceria, que lhe é concedido após licitação”⁹⁴

Deste modo, vislumbra-se que a sociedade de propósito específico (SPE), se destina à realização de um projeto e não uma atividade social própria. O objeto intrínseco da SPE, é portanto, dar maior transparência à execução do contrato de parceria público privada.

Segundo os autores Maurício Portugal e Lucas Navarro

Os objetivos principais de se exigir a constituição de uma SPE são a segregação de riscos e a ampliação na transparência da gestão. Uma mesma empresa atua, não raramente, em mais de um setor da economia. (...) Há um risco sério de governança. Isso porque riscos de negócios distintos da concessão poderiam vir a contaminá-la.

(...)

Também sob o ângulo do parceiro privado, quanto à gestão de riscos, a constituição de uma SPE apresenta-se conveniente. (...) A SPE permite organizar os interesses dos sócios e, ainda mais importante, torna sua responsabilidade limitada ao capital subscrito.

(...)

Ademais, na ausência de uma SPE seria muito mais complexo, para não dizer, mesmo, impossível o cumprimento de algumas regras da Lei de PPP, como os limites de financiamento do art. 27 ou o mandamento de repartição dos ganhos com a redução do risco de crédito (...)⁹⁵

⁹³ Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional do Estado. Disponível em: www.planejamento.sp.gov.br. Acesso em 31.12.2015.

⁹⁴ FÉRES, Marcelo Andrade. As sociedades de propósito específico (SPEs) no âmbito das parcerias público privadas (PPPs): algumas observações de direito comercial sobre o art. 9º da Lei 11.079/2004. Revista Zênite de Licitações e Contratos. N. 148. P. 505-506. Jun. 2006.

⁹⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal; Prado, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria público privada – Fundamentos econômicos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 244.

Vê- se portanto, a importância da instituição da SPE na segurança jurídica e transparência que dão ao negócio jurídico. Negócio este, que segundo, o art. 2º, §4º, I, da Lei 11.079/04 determina que o contrato de parceria público privada não pode ser inferior a importância de R\$ 20.000.000,00 para que haja a criação da SPE. Além do mais, inicialmente, os custos do empreendimento correrão às custas da iniciativa privada, e a sua consequente amortização só será efetiva a partir do momento em que o serviço objeto do contrato, for disponibilizado, conforme o art. 7º da Lei de PPP. Deste modo, a contrário sensu, fica vedada à Administração Pública fornecer subsídio para a realização da infraestrutura, sendo de total e irrestrita responsabilidade do parceiro privado custear a estrutura. Esta medida adotada, segundo os autores Lucas Navarro e Maurício Portugal, é resultado do modelo de PPP adotado, visto que deste modo haverá uma garantia de demanda mínima e a Administração Pública estará atuando como:

“mera compradora da parcela dos serviços necessários para tornar o negócio viável”⁹⁶

Deste modo, a lei de parceria público privada objetiva trazer maior transparência e efetividade aos contratos administrativos, visto que a história, e principalmente a história recente do Brasil, tem mostrado que os contratos firmados entre a iniciativa privada e a Administração Pública têm sido usado para a realização de gastos exorbitantes e desvio de dinheiro público. Portanto, o erário só será utilizado, quando a iniciativa privada demonstrar que o serviço público contratado tem condições de ser prestado com qualidade, deixando assim, o serviço público mais eficiente e eficaz. Este é na linguagem de Hans Kelsen o “mundo do dever ser”, necessário se faz, não se falar de dois mundos distintos, mas sim, adequar o mundo fático às formalidades e preceitos legais.

⁹⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Op. Cit., p. 196.

4 A ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA COMO OBJETO DE ATUAÇÃO COMPLEMENTAR DA INICIATIVA PRIVADA POR MEIO DO MODELO DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADA

4.1 AS POLÍTICAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO A MEDICAMENTOS NO BRASIL

A Assistência Farmacêutica (AF) reúne um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, por meio da promoção do acesso aos medicamentos e uso racional. Como política pública, teve início a partir da aprovação do Decreto N° 68.806 de 25 de junho de 1971, com a instituição da Central de Medicamentos (CEME). Esta, caracterizada por manter uma política centralizada de aquisição e de distribuição de medicamentos, possuía como principais objetivos a promoção e organização das atividades de assistência farmacêutica para a população de baixo poder aquisitivo, incremento à pesquisa científica e tecnológica no campo químico farmacêutico e o incentivo à instalação de fábricas de matérias-primas e laboratórios pilotos. Como resultado do processo centralizado, grandes perdas de medicamentos foram geradas pelas estocagens sucessivas nos níveis central, estadual e regional, até atingir o nível local. Responsável pela Assistência Farmacêutica no Brasil até 1997, a CEME foi desativada por meio do Decreto N° 2.283 de 24 de julho de 1997.

O direito à saúde passou a ser compreendido como direito social, a partir da Carta Magna de 1988, conforme foi aprofundado no item 1.2 da presente dissertação. A partir deste fato, foi necessário que se promulgassem leis compatíveis com a “Constituição Cidadã”, que imprimia em seu bojo características democráticas, fruto de direitos fundamentais. Deste modo, merece especial destaque, a Lei Orgânica da Saúde (Lei N° 8.080/90), que definiu no campo de atuação do SUS, a execução de ações de assistência terapêutica integral - inclusive farmacêutica - e a formulação da política de medicamentos.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil em 1992, em seu art. 12, reconhece que toda

pessoa tem o direito de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. Pode-se acrescentar ao art. 12, a Recomendação Geral 14 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que estabelece: “1. A saúde é um direito fundamental, indispensável para o exercício de outros direitos humanos. Todo ser humano deve ter o direito a desfrutar o mais elevado nível de saúde que conduza ao aproveitamento de uma vida digna”. O Comitê vai mais além, e afirma que o direito à saúde requer os seguintes elementos: a) disponibilidade (funcionamento satisfatório do sistema público de saúde e dos programas de saúde); b) acessibilidade (as instalações, bens e serviços de saúde devem ser acessíveis a todas as pessoas sem discriminação); c) aceitabilidade (as instalações, bens e serviços de saúde devem respeitar as etnias e culturas); e d) qualidade (as instalações, bens e serviços de saúde devem ser cientificamente apropriados e com boa qualidade).

Nesse contexto de consolidação democrática através da Constituição, leis compatíveis com as ideias constitucionais, pactos ratificados pelo Brasil, tornou-se necessária a formulação de uma nova política de medicamentos, processo que culminou com a Política Nacional de Medicamentos (PNM), publicada em 1998 pela Portaria GM/MS Nº 3.916. O principal propósito da PNM é o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles medicamentos considerados essenciais.

Em 2003, foi criada a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE), à qual compete, por intermédio do Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos (DAF), a formulação, implementação e avaliação das Políticas Nacionais de Assistência Farmacêutica e de Medicamentos, incluindo hemoderivados, vacinas, imunobiológicos e outros insumos relacionados, na qualidade de partes integrantes da Política Nacional de Saúde.

Em 2004, por meio da Resolução Nº 338 do Conselho Nacional de Saúde, foi aprovada a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) que define a “A Assistência Farmacêutica um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como

coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população”.

A PNAF é parte integrante da Política Nacional de Saúde e envolve um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, garantindo os princípios da universalidade, integralidade e equidade. Em seus eixos estratégicos, a PNAF preconiza:

I - a garantia de acesso e equidade às ações de saúde inclui, necessariamente, a Assistência Farmacêutica;

II - manutenção de serviços de assistência farmacêutica na rede pública de saúde, nos diferentes níveis de atenção, considerando a necessária articulação e a observância das prioridades regionais definidas nas instâncias gestoras do SUS;

III - qualificação dos serviços de assistência farmacêutica existentes, em articulação com os gestores estaduais e municipais, nos diferentes níveis de atenção;

IV - descentralização das ações, com definição das responsabilidades das diferentes instâncias gestoras, de forma pactuada e visando a superação da fragmentação em programas desarticulados;

V - desenvolvimento, valorização, formação, fixação e capacitação de recursos humanos;

VI - modernização e ampliação da capacidade instalada e de produção dos Laboratórios Farmacêuticos Oficiais, visando o suprimento do SUS e o cumprimento de seu papel como referências de custo e qualidade da produção de medicamentos, incluindo-se a produção de fitoterápicos;

VII - utilização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), atualizada periodicamente, como instrumento racionalizador das ações no âmbito da assistência farmacêutica;

VIII - pontuação de ações intersetoriais que visem à internalização e o desenvolvimento de tecnologias que atendam às necessidades de produtos e serviços do SUS, nos diferentes níveis de atenção;

IX - implementação de forma intersetorial, e em particular, com o Ministério da Ciência e Tecnologia, de uma política pública de desenvolvimento científico e tecnológico, envolvendo os centros de pesquisa e as universidades brasileiras, com o objetivo do desenvolvimento de inovações tecnológicas que atendam os interesses nacionais e às necessidades e prioridades do SUS;

X - definição e pontuação de ações intersetoriais que visem à utilização das plantas medicinais e medicamentos fitoterápicos no processo de atenção à saúde, com respeito aos conhecimentos tradicionais incorporados, com embasamento científico, com adoção de políticas de geração de emprego e renda, com qualificação e fixação de produtores, envolvimento dos trabalhadores em saúde no processo de incorporação desta opção terapêutica e baseado no incentivo à produção nacional, com a utilização da biodiversidade existente no País;

XI - construção de uma Política de Vigilância Sanitária que garanta o acesso da população a serviços e produtos seguros, eficazes e com qualidade;

XII - estabelecimento de mecanismos adequados para a regulação e monitoração do mercado de insumos e produtos estratégicos para a saúde, incluindo os medicamentos;

XIII - promoção do uso racional de medicamentos, por intermédio de ações que disciplinem a prescrição, a dispensação e o consumo.⁹⁷

Em 13 de junho de 2012, foi publicada a Portaria nº1.214/GM/MS, que institui o QUALIFAR-SUS, importante medida tem por finalidade contribuir para o processo de aprimoramento, implementação e integração sistêmica das atividades da Assistência Farmacêutica nas ações e serviços de saúde.

Segundo o Ministério da Saúde as diretrizes do QUALIFICAR-

⁹⁷ Dados obtidos no site: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/470-sctie-raiz/daf-raiz/daf/l2-daf/12125-assistencia-farmaceutica>. Acesso em: 04.01.2015.

SUS são:

- I. Promover condições favoráveis para a estruturação dos serviços farmacêuticos no SUS como estratégia de qualificação do acesso aos medicamentos e da gestão do cuidado.
- II. Contribuir para garantir e ampliar o acesso da população a medicamentos eficazes, seguros, de qualidade e o seu uso racional, visando à integralidade do cuidado, resolutividade e o monitoramento dos resultados terapêuticos desejados.
- III. Estimular a elaboração de normas, procedimentos, recomendações e outros documentos que possam orientar e sistematizar as ações e os serviços farmacêuticos, com foco na integralidade, na promoção, proteção e recuperação da saúde.
- IV. Promover a educação permanente e fortalecer a capacitação para os profissionais de saúde em todos os âmbitos da atenção, visando ao desenvolvimento das ações da Assistência Farmacêutica no SUS.
- V. Favorecer o processo contínuo e progressivo de obtenção de dados, que possibilitem acompanhar, avaliar e monitorar a gestão da Assistência farmacêutica, o planejamento, programação, controle, a disseminação das informações e a construção e acompanhamento de indicadores da Assistência Farmacêutica.⁹⁸

Estas políticas visão não apenas implementar o acesso à medicamentos, mas consolidar mecanismos que têm por finalidade aprimorar à estrutura e os profissionais de saúde de modo que tenham mais capacidade para atender aos anseios da população.

A necessidade de políticas que protejam o acesso a medicamentos é tão grande que o Brasil está entre os maiores mercados consumidores de medicamentos do mundo. Em 2005, o consumo nacional ocupava a 10^a colocação global. Em 2010, com um mercado avaliado em cerca de R\$ 62 bilhões, o Brasil subiu três posições e atingiu a 7^a posição geral, segundo a IMS Health, empresa que audita o mercado farmacêutico mundial.⁹⁹

A título de exemplificação, em 26.08.2015 foi publicado no jornal

⁹⁸ Dados obtidos no site: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/248-sctie-raiz/daf-raiz/ceaf-sctie/qualifarsus-raiz/qualifar-sus/l2-qualifarsus/8658-sobre-qualifar-sus>. Acesso em: 04.01.2016.

⁹⁹ Dados obtidos no site: <http://saudebusiness.com/noticias/em-2015-brasil-deve-assumir-6a-posicao-no-mercado-farmaceutico>. Acesso em: 04.01.2016.

“O Globo”, a matéria sobre a “pílula que cura o câncer”¹⁰⁰, substância desenvolvida pela USP- Universidade de São Paulo, que segundo o professor aposentado Gilberto Chierice, funciona como um sinalizador que ajudaria o organismo a identificar as células cancerígenas e consequentemente estas seriam combatidas pelo sistema imunológico. O fato é que sem pretender entrar no mérito do assunto se a substância é eficaz ou não no combate da doença, o fato é que a morosidade dos órgãos competentes, em especial a Anvisa- Agência Nacional de Vigilância Sanitária, bem como toda a “pressão” feita pelos grandes laboratórios e indústrias farmacêuticas, que ganham enormes quantias de dinheiro, dificulta ou quase impossibilita o trabalho de pesquisadores, que além de não terem o incentivo necessário, são desacreditados e desmotivados pela enorme burocracia existente no setor. Abaixo cito parte da entrevista de Gilberto Chierice, que esmiúça este assunto de que teve repercussão nacional no ano passado:

Houve interesse de outro país nessa fórmula. O que pode acontecer?
Nós podemos ter que comprar esse medicamento a custo de mercado internacional porque já está começando a aborrecer ficar todo esse tempo tentando e não conseguir, criam dificuldades que eu não sei explicar. Eu sou um homem de ciência de 25 anos, eu não sou nenhum amador e, por não ser amador, eu conheço os trâmites das coisas, como funciona. Se não for possível aqui, a melhor coisa é outro país fazer porque beneficiar pessoas não é por bandeira. A humanidade precisa de alguém que faça alguma coisa para curar os seus males.¹⁰¹

O acesso à medicamentos é de tão importância, que poderíamos classifica-la como uma questão de responsabilidade pública. Deste modo, os Estados devem estimular o desenvolvimento de pesquisas, fármacos ou até com medidas na área tributária, incentivando a indústria farmacêutica.

Como será abordado no próximo tópico, as patentes

¹⁰⁰ Dados obtidos no site: <http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2015/08/pesquisador-acredita-que-substancia-desenvolvida-na-usp-cura-o-cancer.html>. Acesso em 08.01.2016.

¹⁰¹ Dados obtidos no site: <http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2015/08/pesquisador-acredita-que-substancia-desenvolvida-na-usp-cura-o-cancer.html>. Acesso em 08.01.2016.

farmacêuticas, equivale a uma proteção para a esfera privada, como fonte motivadora para que a iniciativa privada inove através da proteção fornecida. Já o acesso à medicamentos, pode ser entendido como a realização de uma espécie de direito social fundamental. É portanto, uma proteção da ordem pública para a sociedade. Neste assunto que envolvem interesses público e privados, a cooperação e a parceria devem prevalecer, visto que, as mazelas da saúde nacional só será sanada com os esforços mútuos e investimentos de longa duração.

4.2 AS PATENTES FARMACÊUTICAS

No que toca as patentes farmacêuticas e a importância que assumiu a criação intelectual, dentro do gênero propriedade, para o comércio internacional e consequentemente para o desenvolvimento sustentável, foi criada, a OMPI- Organização Mundial da Propriedade Intelectual, através dos esforços obtidos da Convenção de Estocolmo e dos trabalhos das Uniões da Convenção de Paris.

A OMPI é uma agência especializada para assuntos de propriedade intelectual em âmbito internacional e seu objetivo principal é oferecer enfoque humanístico à propriedade intelectual, buscando assim, harmonizá-lo com os interesses econômico internacionais, em especial os da OMC- Organização Mundial do Comércio. Em 1962, a Resolução sobre Propriedade Intelectual da ONU, veio ao encontro dos interesses que posteriormente foram instituídos à OMPI, que são promover e defender a propriedade intelectual, principalmente no que concerne aos países de menor desenvolvimento relativo. Assim, a resolução reconhece que as patentes farmacêuticas são essenciais para o desenvolvimento econômico e social.¹⁰²

Posteriormente, em 1995, a OMPI celebrou acordo com a OMC, baseado no princípio da solidariedade, que formalizou a relação de apoio mútuo. Deste modo, entre os destaques do acordo celebrado, é a forma como estará disponível a legislação de cada país signatário da OMPI aos membros da OMC, e consequentemente, o apoio técnico jurídico entre as organizações.

Fato incontroverso, são as patentes controvérsias entre os países desenvolvidos, que tendem a todo custo dar maior força à propriedade intelectual e sua efetivação junto aos signatários e os em desenvolvimento, que buscam medidas que viabilizem o desenvolvimento social. Estas controvérsias, culminarão na contraposição entre a concessão de patentes farmacêuticas e o acesso a medicamentos.

Para tentar sanar as inúmeras controvérsias existentes entre os países, foi criado o TRIPS- Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de

¹⁰² BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 129.

Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, que está vinculado à OMC. Estabelece o TRIPS, em seu art. 7º, quanto à proteção dos direitos de propriedade intelectual que “a proteção e a aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e divulgação de tecnologia, em benefício mútuo dos geradores e utilizadores dos conhecimentos tecnológicos e de um modo conducente ao bem-estar social e econômico, bem como para um equilíbrio entre direitos e obrigações.” Importante ressaltar, que o aspecto social acompanha e é acompanhado pelo econômico.

Para corroborar mais aos argumentos expostos, o item 2, do art. 8º do TRIPS, faz uma relação entre o direito às patentes farmacêuticas e saúde pública. Deste modo, se busca evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou até evitar o recurso à práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência de tecnologia. O que se busca portanto, não é o uso razoável ou ponderável entre os direitos, mas sim o uso do direito de propriedade condicionado ao atendimento do interesse social, que é o acesso a medicamentos.

O acordo TRIPS estabelece também um patamar mínimo de proteção ao direito as patentes farmacêuticas, irradiando seus efeitos aos países signatários.

4.3 A RELATIVIZAÇÃO DAS PATENTES FARMACÊUTICAS COMO FORMA DE EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

À luz do direito ao acesso à saúde, o que perpassa o acesso à medicamentos e se torna fato incontroverso, é que os países em desenvolvimento de modo geral, frente ao comércio internacional, não têm condições de concorrer com os países desenvolvidos. Diante deste fato, esses países dependem da solidariedade internacional para suas enormes necessidades sociais. Foi necessário então, que se estabelecesse condicionantes ao uso da riqueza. Esta limitação ao direito de propriedade veio através da função social.

É de bom alvitre reiterar que organizações como aOMPI e a OMC, protegem e buscam estabelecer uma proteção mínima para os direitos de propriedade intelectual e assim flexibilizar as regras frente à proteção dos direitos humanos. Não obstante, “olhando o outro lado da moeda”, a OMC, como organização internacional, oferece proteção aos direitos humanos, na medida que de certo modo, vincula estes direitos ao tema comercial. Deste modo, e principalmente como estímulo à pesquisa e a proteção à propriedade intelectual, se faz importante:

“O rápido aumento do desenvolvimento técnico diminui necessariamente a importância das coisas palpáveis ou físicas e eleva os fatores de organização e conhecimento técnico. Não é possível reduzir organização a uma fórmula. O conhecimento técnico não pode ser atribuído a um único indivíduo, grupo de indivíduos ou empresa. Faz parte da herança do país e da raça. Em nenhum desses dois casos a fórmula tradicional aplicável à lei de propriedade cabe ao fator corrente”.¹⁰³

Na ânsia de relativizar os efeitos das patentes farmacêuticas e consequente óbice para o acesso à medicamentos, a Declaração Inglesa sobre Direitos de Propriedade Intelectual, de setembro de 2002, reconheceu que:

¹⁰³ BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultura, 1984, pág. 7

"os países em desenvolvimento não devem ser obrigados a aceitar direitos de propriedade intelectual impostos pelo mundo desenvolvido além dos compromissos que têm para com os acordos internacionais. (...) A maioria dos países desenvolvidos não leva em conta os objetivos de desenvolvimento ao formular suas políticas de propriedade intelectual em base internacional (...). Os países desenvolvidos deveriam abolir a prática do uso de acordos regionais/bilaterais como meio de criar regimes de propriedade intelectual que vão além do TRIPS nos países em desenvolvimento. Estes devem ter liberdade para escolher- dentro dos limites do TRIPS- o grau de rigor que conferem a seus regimes de propriedade intelectual.

Todo este esforço feito pela Declaração Inglesa se confronta com o art. 30, do TRIPS. Este artigo estabelece que o uso das exceções é limitado, assim não poderia interferir na exploração normal de um direito sobre patente, nem mesmo prejudicar de forma injustificada os direitos de uso exclusivo.

A Declaração de Doha sobre o Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio e a Saúde Pública, de 14 de novembro de 2001, buscou um comércio justo e confirmou as intenções do TRIPS para a saúde e o estabelecimento de uma regra interpretativa, no sentido que o TRIPS deve ser usado como parâmetro interpretativo à proteção da saúde. Ademais os parágrafos 2º e 3º determinam que a propriedade intelectual não pode ser vista como algo infalível e apenas funcional, mas sim que deve se submeter à realização do direito humano à saúde.¹⁰⁴

Para corroborar com o exposto no parágrafo anterior, cito o preâmbulo da Declaração de Doha que estabelece:

"O comércio internacional pode desempenhar papel primordial na promoção de desenvolvimento econômico e na diminuição da pobreza. Reconhecemos a necessidade para todos nossos povos de se beneficiarem das oportunidades e melhorias no bem- estar que o sistema multilateral de comércio gera. A maioria dos Membros da

¹⁰⁴ SANTOS, Denis Ishikawa dos. Orientador DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos*. Monografia de conclusão de curso de Direito. São Paulo: USP, 2004, pág. 33.

OMC é de países em desenvolvimento. Procuramos colocar suas necessidades e interesses no centro do programa de trabalho adotado nessa declaração. Recordando o Preâmbulo ao acordo de Marraqueche, continuaremos a fazer esforços positivos para assegurar que os países em desenvolvimento, e especialmente os de menor desenvolvimento relativo, tenham participação no crescimento do comércio mundial proporcional às necessidades de seu desenvolvimento econômico. Nesse contexto, maior acesso a mercados, regras equilibradas e bem focadas, programas sustentáveis financiados de assistência técnica e programas para aquisição de capacidade têm papéis importantes a desempenhar."

No entanto conforme estudo obtido, após a Declaração de Doha, os países ricos não cumpriram suas promessas:

Os membros da Organização Mundial do Comércio (OMC), assinaram há cinco anos um acordo ministerial para evitar regras de propriedade intelectual que continuam a dificultar os esforços dos países em desenvolvimento para proteger a sua saúde. No entanto, pouco tem mudado desde então. Os preços dos medicamentos patenteados continuam a ser inacessíveis para as pessoas mais pobres do mundo. As regras comerciais ainda são um fator importante no acesso a versões genéricas a preços acessíveis de patenteado obstáculo de drogas. Em países pobres aumenta a incidência de doenças que debilitam e matam, mas os medicamentos não estão disponíveis. É necessário agir urgentemente.

(...) Em final dos anos noventa, funcionários de países em desenvolvimento e organizações da sociedade civil foram tendo consciência do impacto das regras comerciais sobre a propriedade intelectual no acesso a medicamentos essenciais. Estas regras do Acordo -introduzidas sobre Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) - criam monopólios de fato dos medicamentos vendidos pelas multinacionais farmacêuticas, deixando de fora do mercado para o menor patamar de preços alternativas genéricas. As farmácias de genéricos cumprem seu papel com os países em desenvolvimento reduzindo substancialmente o custo dos medicamentos cujos preços são altos para a grande maioria das suas populações. Em resposta à crescente indignação pública, os governos dos países em desenvolvimento processou a Organização Mundial do Comércio

(OMC) abordando esta questão e criticam a próxima rodada de negociações comerciais globais. Em resultado, os membros da OMC aprovou por unanimidade a Declaração de Doha sobre TRIPS e Saúde Pública, de 14 de novembro de 2001, que afirmam que as regras de propriedade intelectual não deve impedir os países de proteger a saúde pública. A Declaração afirma que os países poderiam fazer medidas de urgência para salvaguardar a saúde pública, permitindo a introdução de medicamentos genéricos que obrigam os preços para baixo quando assim considerarem necessário dentro do quadro estabelecido pela OMC. Também obrigou os membros da OMC a fim de facilitar a exportação de medicamentos genéricos para todos os países pobres com pouca capacidade de produção, uma medida conhecida como "parágrafo 6 da Declaração de Doha sobre TRIPS e Saúde Pública". Desde 2001, no entanto, os países ricos não cumpriram suas promessas. Suas atitudes variam de apatia e inação de uma determinação obstinada para minar o espírito e a intenção da Declaração. Em virtude a indústria farmacêutica dos EUA, é exclusivamente culpada de buscar níveis mais elevados de proteção da propriedade intelectual em frente aos países em desenvolvimento.¹⁰⁵ (Tradução do autor)

A importância da consecução do acesso a medicamentos pelo empreendimento de esforços nacionais, por meio do desenvolvimento progressivo e sustentável, assume um papel primordial e de extrema importância. Reitera-se portanto, a importância da compreensão e da atuação voltadas para a realização de políticas públicas que proporcionem o acesso a medicamentos, mas também que proporcionem o respeito aos direitos fundamentais em sua totalidade.

¹⁰⁵Dados obtidos no site:

http://www.oxfamintermon.org/sites/default/files/documentos/files/061114_Patentes_vs_pacientes.pdf. Acesso em 12.01.16

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a argumentação feita, cito alguns pontos que ao meu ver são extremamente importantes como possíveis soluções a serem perquiridas.

A efetivação do direito à saúde não incumbe de modo exclusivo ao “setor da saúde”, mas deve ser compreendido a medida que é garantido uma qualidade mínima de vida, através da efetivação de políticas públicas que sirvam para a superação das desigualdades sociais e o pleno desenvolvimento da personalidade. Assim, a salvaguarda do direito à saúde se dá também pela proteção conferida a outros bens fundamentais, nas quais apresenta zonas de convergência. Este fato intensifica a tese existente entre a íntima interdependência entre todos os direitos humanos e fundamentais.

Hodiernamente, a eficácia das normas constitucionais é muito reduzida e este fato, fomenta o enfraquecimento do pacto social, gerando assim o descrédito por parte da população. Para tal, a Carta Magna de 1988 não pode ser interpretada nos limites da dogmática jurídica tradicional, visto que o Direito e os fatos sociais não estão separados do intérprete. A hermenêutica jurídica deve assumir seu papel frente ao Estado Democrático de Direito, visando assim, a efetivação das promessas não cumpridas e superando a dívida social histórica, fruto da baixa efetividade constitucional. É fato, que sem a concretização dos direitos sociais, não é possível pretender a implantação dos direitos civis e políticos em sua plenitude, o que compromete a própria existência do Estado Democrático.

Sob este prisma, o dever constitucional do Estado exige a prática de políticas e ações que levem ao atendimento efetivo das demandas que garantam o cumprimento dos direitos fundamentais. Essas políticas públicas e ações do Estado devem estar pautadas sob o Princípio da Eficiência. É evidente, portanto, que para se atender aos limites e ditames constitucionais, inseridos em uma democracia participativa, não cabe aos governantes proporem políticas e ações administrativas que busquem resultados contrários ou aquém daqueles constitucionalmente pactuados, caso contrário, ferir-se-ia à própria Constituição. As ações de políticas públicas devem ser pautadas e

alicerçadas na participação popular.

Na ânsia de tornar efetivo o direito à saúde. O fato é que a obrigação de prestação de contas, principalmente no que tange à gestão da saúde é uma obrigação dos gestores que estão à serviço público. Para tal, deve ser consolidado a importância do instituto do *accountabilit*, ou seja, a prestação de contas fruto do dever de transparência. È dever da população brasileira, fruto de uma cidadania ativa, construir e consolidar, este importante instrumento democrático.

A efetividade do direito fundamental à saúde no SUS, só começará a dar sinais positivos através do bom uso do dinheiro público. Este virá através de uma democracia consolidada e participativa, mas também através de instrumentos constitucionais de controle da gestão como a auditoria, exercida por órgãos competentes, tais como o SNA- Sistema Nacional de Auditoria, e instituições independentes que verdadeiramente respeitem a Carta Magna.

A saúde é uma atividade que o valor social sobrepõe ao econômico. Deste modo, é preeminente que o princípio da dignidade da pessoa humana como imperativo de justiça social seja efetivado.

Importante repensar também, o “instituto da reserva do possível”, pois diante de situações de emergência, caos social, “hard case”, falta de recursos ou sua escassez, é prudente e sensato que os princípios constitucionais, pilares de todo o ordenamento jurídico, sejam sopesados de maneira hierárquica e prioritária no que tange às políticas públicas. Assim, para salvaguardar o núcleo de todo o aparato constitucional, verdadeiras “cláusulas pétreas”, como a dignidade da pessoa humana e o direito à vida. Na verdade, o problema não está somente na falta ou escassez de recursos financeiros, mas sim na discricionariedade administrativa, ou seja, na falta de gestão ou eficiência dos gestores, no que toca às escolhas e decisões tomadas.

Desta feita, inconcebível se torna o argumento do Estado que “não tem recursos para a saúde”, visto que certos direitos fundamentais só devem ser violados em situações de caos social e depois que forem reduzidos e cortados gastos e direcionados à direitos fundamentais que afetem diretamente à pessoa humana em sua integridade psicofísica. Em síntese, em

situações excepcionais, devem ser cortados gastos para salvaguardar o núcleo essencial que é a vida humana. Ademais, nas palavras de Alberto Alcalat, “o núcleo essencial é a fronteira, o âmbito irredutível dos direitos fundamentais”.

Para salvaguardar o Estado, diante do dever que o mesmo têm de prestar serviços de saúde com qualidade para a população. As prestações públicas positivas escancaram as limitações do Estado para fornecer os serviços necessários à configuração do estado de bem-estar social, o que torna possível a constatação que é necessário a captação de recursos da sociedade civil por meio da iniciativa privada. As “parcerias público privadas” são, portanto, uma saída viável e efetiva para que a efetivação do direito à saúde seja eficiente e eficaz, se cumpridos obviamente os preceitos e ditames legais.

Em suma, respondendo os questionamentos feitos na introdução da presente dissertação, pode-se concluir que o direito fundamental à saúde admite sim a atuação da iniciativa privada no âmbito complementar e pode-se ir além, visto que a iniciativa privada no setor de saúde no Brasil é imprescindível para o equilíbrio do SUS, compreendido como política pública de saúde. Reitero também o argumento que para que ocorra a efetividade do direito fundamental à saúde na atuação da iniciativa privada, imprescindível se torna o acompanhamento do gestor e da Gestão Municipal do SUS, no controle e fiscalização dos contratos celebrados.

No que tange a natureza jurídica dos contratos da Administração Pública com a iniciativa privada, concluo amparado pela argumentação de José dos Santos Carvalho Filho, que as parcerias público privadas é melhor caracterizada como sendo uma modalidade especial dos contratos de concessão. Deste modo, a natureza jurídica desse tipo de ajuste é a de contrato administrativo de concessão de serviço público.

A assistência farmacêutica pode e deve ser objeto de atuação complementar da iniciativa privada por meio do modelo de Parcerias Público-Privada, desde que seja complementar, pois o País não pode ficar “refém” da iniciativa privada, devendo fomentar e implantar políticas públicas de incentivo para o setor, gerando um verdadeiro “pólo” de pesquisas e pesquisadores. Conforme constatado pela presente estudo, desde que foram criadas em 2004

pelo governo Lula, as PPPs não decolaram até os tempos hodiernos. Novamente é necessário incentivo, mudança de paradigmas para que em setores primordiais como a saúde, não haja apenas concessões, mas também parcerias, facilitando assim o acompanhamento e auditoria.

Assume especial relevância também, a “luta” que países em desenvolvimento como o Brasil devem ter para relativizar as patentes farmacêuticas, visto que mesmo com inúmeros esforços como a Declaração Inglesa sobre Direitos de Propriedade Intelectual e a Declaração de Doha, esses países ainda ficam sob o jugo do poderio econômico de potências mundiais, e portanto, a cargo da solidariedade dos mesmos.

Deste modo a importância da compreensão e da atuação eficaz de políticas públicas que proporcionem a eficácia do direito à saúde, o que abarca e comporta também o acesso a medicamentos, e o desenvolvimento progressivo e sustentável de pesquisas e incentivos à pesquisa nacional, promovendo a independência do Brasil frente aos países desenvolvidos principalmente no que concerne à área farmacêutica são imprescindíveis e de certo modo urgentes.

REFERÊNCIAL BIBLIOGRÁFICO E/OU DOCUMENTAL

ACIOLE, Geovani Gurgel. *A Saúde no Brasil: entre o estado e o mercado*. Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Ciências Médicas, São Paulo, 2005. (Tese de Doutorado)

AGUILAR, Fernando Herren. *Serviços Públicos: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2011.

AITH, Fernando Mussa A. *Curso de Direito Sanitário*. São Paulo: Ed. QuartierLatin, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ALFONSO, Luciano Parejo. *Eficácia y Administración – Três Estúdios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.

ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. Ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZAMBUJA, Darci. *Teoria geral do Estado*. 37. ed. São Paulo: Editora Globo, 1997.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O Mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: Ricardo Lobo Torres (Org.) *Legitimização dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada*. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil*. In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

BARROS, Elizabeth. *Financiamento do sistema de saúde no Brasil: marco legal e comportamento do gasto*. Brasília: OPAS: Ministério da Saúde, 2003.

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultura, 1984.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODSTEIN, Regina Cele de A. *Complexidade da ordem social contemporânea e a redefinição da responsabilidade pública*. In: ROZENFELD, Suely (org.). *Fundamentos da vigilância sanitária*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretário de Saúde. *Gestão e financiamento do Sistema Único de Saúde*. Brasília: CONASS, 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Savaira, 2013.

BULOS, UadiLammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010

CANARIS. Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Limiar do século XXI*. Disponível em: <http://ftp.unb.br/pub/UNB/ípr/rel/rbpi/1997/81.pdf>. Acesso em 17 nov. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes (org.) *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

_____. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. Sistema Único de Saúde – Comentários à lei orgânica da saúde. 3.ed. Campinas: Unicamp, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Ed. Lumen Júris. Rio de Janeiro. 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CONASS. *A assistência farmacêutica no SUS. (Coleção Para entender o SUS)* 2011. Disponível em http://www.conass.org.br/colecao2011/livro_7.pdf. Acesso em 26.01.2016

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.) *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FÉRES, Marcelo Andrade. As sociedades de propósito específico (SPEs) no âmbito das parcerias público privadas (PPPs): algumas observações de direito comercial sobre o art. 9º da Lei 11.079/2004. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*. N. 148. Jun. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. I Conferência Internacional sobre Garantismo e Gestão Pública – Separação dos poderes: funções de Governo e funções de garantia. *Jornal Estado de Direito*, Porto Alegre, ano IV, n 23, nov. e dez de 2009.

GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo*, tomo I - parte general, Buenos Aires: Macchi, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Ed. SAFE, 1991.

JÚNIOR, Wallace. *A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência*. Revista dos Tribunais, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. A PPP brasileira e as lições do passado. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Kossmann, Edson. A Constitucionalização do princípio da eficiência na Administração Pública. Porto Alegre: Fabris, 2015, p. 150.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. IN: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

Loureiro, João. Direito à (proteção da) saúde. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*.

LUÑO, AntonioEnrique. *Los Derechos fundamentales*. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público: comentários á lei de improbidade administrativa.* 5ed. rev.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Princípio da justiça contratual.* São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZUOLÍ, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, cidadania e educação: do pós-segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988.* Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001, p.20. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo moderno.* 17ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Controle da Administração Pública.* 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* Malheiros, São Paulo, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo,* 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 8ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 16. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

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

NUNES, LuisAntonioRizzato. *Curso de direito do consumidor: com exercícios.* 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Cidadania tutelada*. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001, p. 09. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 29 de junho de 2011

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marines Restelatto. A licitação no formato eletrônico e o compromisso com a eficiência (Projeto de Lei nº 7.709, de 2007. *Revista Interesse Público* ano 9, n44, jul/ago. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PIETRO. Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. Ed. Atlas, São Paulo, 1993.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINHO, José Antonio Gomes. SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability: já podemos traduzi-la para o português?* Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: nov/ dez de 2009.

PORTELA, Margareth Crisóstomo. *Avaliação da qualidade em saúde*. In: ROZENFELD, Suely (org.). *Fundamentos da vigilância sanitária*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000.

PORTER, Michael; TEISBERG, Elizabeth. Repensando a saúde: estratégias para melhorar a qualidade e reduzir os custos. Porto Alegre: Bookman, 2007.
RAEFFRAY, Ana Paula O. de. *Direito à saúdede acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

REGINA, Sérgio de. (coord). *Parcerias Público-Privadas de Medicamentos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013.

RIBEIRO, Maurício PORTUGAL; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP- Parceria público- privada – Fundamentos econômico- jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

RODRIGUES, Diego de Freitas. *Instituições e accountability na teoria democrática contemporânea: considerações sobre qualidade e eficácia democrática*. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-revista-2-artigo-2-diego-rodrigues>.

SANTOS, Denis Ishikawa dos. Orientador DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos*. Monografia de conclusão de curso de Direito. São Paulo: USP, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang e outros. *Curso de Direito Constitucional*- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais*. 11ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. 2ed. rev.eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010a.

_____. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010b.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO. Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro. Lumen Júris, 2010.

_____. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético- jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel.

Direitos sociais- fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de direito. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.) *Atuais Rumos do processo administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 36ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Comentários Contextuais à Constituição.* 8ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Ricardo Augusto Dias de e NOBRE, Milton Augusto de Brito (coords.) *O CNJ e os desafios na efetivação do Direito à Saúde.* Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu controle.* São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Direito Administrativo ordenador.* São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Parcerias Público-Privadas.* 2ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: ____; MUÑOZ, Guilhermo Andrés (coord.). *As leis de processo administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Serviços públicos e regulação estatal.* In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). *Direito administrativo econômico.* São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ZYMLER, Benjamin e ALMEIDA, Guilherme Henrique de la Roque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. 2ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.