



CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA - UNIALFA
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
ECONÔMICO

THAÍS ASSUNÇÃO NUNES

A ORDENAÇÃO ECONÔMICA E FEDERATIVA DA SAÚDE PELO ESTADO
BRASILEIRO E A INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

GOIÂNIA

2021

THAÍS ASSUNÇÃO NUNES

A ORDENAÇÃO ECONÔMICA E FEDERATIVA DA SAÚDE PELO ESTADO
BRASILEIRO E A INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional Econômico, submetida à banca examinadora do Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA, sob a orientação do Professor Doutor Rodrigo de Camargo Cavalcanti.

GOIÂNIA

2021

Catálogo na fonte: Biblioteca UNIALFA

N972o

Nunes, Thaís Assunção

A ordenação econômica e federativa da saúde pelo estado brasileiro e a ingerência do poder judiciário / Thaís Assunção Nunes. – 2021.

175 f. : il.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo de Camargo Cavalcanti.

Dissertação (mestrado) – Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) - Mestrado em Direito – Goiânia, 2021.

1. Ordem econômica. 2. Dignidade humana. 3. Saúde. I. Nunes, Thaís Assunção. II. UNIALFA – Centro Universitário Alves Faria. III. Título.

CDU:346.5+342.56::614

THAÍS ASSUNÇÃO NUNES

A ORDENAÇÃO ECONÔMICA E FEDERATIVA DA SAÚDE PELO ESTADO
BRASILEIRO E A INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional Econômico, submetida à banca examinadora do Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA, sob a orientação do Professor Doutor Rodrigo de Camargo Cavalcanti.

Data de aprovação:

Componentes da banca examinadora:

Profº Drº Rodrigo de Camargo Cavalcanti (orientador)

Profº Drº Thiago Lopes Matsushita (examinador)

Profª Drª Marina Faraco Lacerda Gama (examinadora)

Dedico este trabalho a minha querida avó Clodoalda, carinhosamente conhecida como dona Coló, por tantos anos de zelo e amor. Sua ausência é meu sofrimento perene. A ela, meu amor infinito e eterno.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Rodrigo de Camargo Cavalcanti, meu orientador, que desde o nosso primeiro contato incentivou e auxiliou-me na pesquisa e no desenvolvimento deste trabalho.

Aos Professores do Programa de Mestrado em Direito Constitucional Econômico do Centro Universitário Alves Faria – Unialfa, Doutores Thiago Lopes Matsushita, André Ramos Tavares, Arnaldo Bastos Neto, Henrique Garbellini Carnio, Bruno César Lorencini e Felipe Bambirra, por todos os ensinamentos e orientações, em sala de aula e fora dela.

Aos meus colegas de profissão, que comigo diária e arduamente laboram junto à Procuradoria-Geral do Município de Barra do Garças-MT, e que, unidos, enfrentamos os problemas na prestação dos serviços públicos de saúde, Doutores Andrea Carolina Coelho Magrini, Dilermando Vilela Garcia Filho, Necy Araújo Lustosa Vieira, Pollyana Machado de Moraes Varjão e Sylvia Maria de Assis Cavalcante.

Aos meus colegas docentes e demais colaboradores do Centro Universitário Cathedral – Unicathedral, na pessoa do coordenador do curso de Direito, Professor Ronny César Camilo Mota, pela compreensão e apoio durante toda essa jornada.

Aos meus queridos colegas, que se tornaram amigos, do Programa de Mestrado em Direito Constitucional Econômico do Centro Universitário Alves Faria – Unialfa, em especial às amigas Vanessa Moreira de Carvalho, Raquel Mendonça e Danielle Cristina, pelas dúvidas e conhecimentos compartilhados, comprovando que juntos somos sempre mais fortes.

À minha querida avó, Clodoalda Francisca da Assunção, por ser o farol de toda uma família, e por inculcar nas mulheres o amor e a importância do estudo, sem os quais nada disso seria possível. Agradeço do fundo do coração pelo espelho que foi em minha vida.

À Maria Madalena da Assunção, minha mãe, pessoa justa e generosa, que luta bravamente contra toda forma de desigualdade e acredita no Direito como meio de efetivação da Justiça. A você, mãe, todo meu amor e gratidão pelos ensinamentos diários de amor, compaixão pelo próximo, disciplina, honradez, lealdade e honestidade.

Às minhas amadas irmãs e irmão, Paula, Isabel e Júlio, pelo companheirismo de sempre. Vocês foram, e são, os melhores presentes que a vida me deu.

Às nossas crianças, Henrique e Júlia, por serem o frescor e a alegria de todos da família, e por nos mostrarem que a inocência deve ser preservada, mesmo quando nos tornamos adultos.

Ao meu filho Paulo Eduardo, minha eterna criança, pela dádiva que sua vida significou

para a minha.

Às demais mulheres da minha família, minha tia Antônia e minhas primas Jozziana e Fernanda, pelos encontros sempre felizes e que me trazem leveza à alma.

Ao Alexandre, pelo amor, paciência e apoio sempre constantes, mesmo quando surgiram dúvidas e dificuldades. Não encontro palavras para expressar meu profundo agradecimento.

Desta forma, para se garantir a aplicação da ordem econômica prescrita pela Constituição Federal, é imprescindível a garantia e salvaguarda dos Direitos Humanos, como condição essencial para se tornar acessível a todos a vida conforme a dignidade da pessoa humana.

Rodrigo de Camargo Cavalcanti (2015).

RESUMO

O presente trabalho é resultado de uma pesquisa que teve como objetivo a investigação sobre as relações da ingerência do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde. A hipótese testada ainda inclui a ordenação econômica e federativa desse direito. Para tanto, descreve-se a tridimensionalidade do direito econômico e analisa-se o art. 170 da Constituição Federal, regra matriz da ordem econômica brasileira. Expõe-se a ordem econômica como garantidora da dignidade humana e, por conseguinte, do direito fundamental à saúde. Discute-se o orçamento, sua organização, natureza, formas de controle e os princípios constitucionais a ele relativos. Este estudo ainda explora a legislação afeta ao Sistema Único de Saúde, suas diretrizes, estrutura, fontes de financiamento, finalidades, gastos e eficiência. Por fim, averigua-se o equilíbrio entre o atendimento do direito à saúde pelo Poder Judiciário e a estabilidade orçamentária. O método utilizado para a realização do trabalho foi o dedutivo, qualitativo e exploratório, com pesquisa em obras, artigos científicos, jurisprudência e legislação atinentes ao tema.

Palavras-chave: Ordem Econômica; Dignidade humana; Saúde; Ingerência; Poder Judiciário.

ABSTRACT

The present work is the result of research that aimed to investigate the implications of the interference of the Judiciary in the realization of the right to health. The tested hypothesis still includes the economic and federative ordering of this right. To this end, the three-dimensionality of economic law is described and art. 170 of the Federal Constitution, the main rule of the Brazilian economic order. The economic order is exposed as a guarantor of human dignity and, therefore, of the fundamental right to health. The budget, its organization, nature, forms of control and the constitutional principles related to it are discussed. This study also explores the legislation affecting the Unified Health System, its guidelines, structure, sources of financing, purposes, expenses and efficiency. Finally, the balance between the fulfillment of the right to health by the Judiciary and budgetary stability is investigated. The method used to carry out the work was deductive, qualitative and exploratory, with research on works, scientific articles, jurisprudence and legislation related to the theme.

Keywords: Economic Order; Human dignity; Health; Interference; Judicial power.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

- Figura 1 - Visão geral do orçamento fiscal e de seguridade social em 2020: orçamento da receita e orçamento da despesa.....116
- Figura 2 - Orçamento da despesa por área de atuação (função) do Governo Federal: totalidade das áreas de atuações; visualização das áreas finalísticas; distribuição do orçamento das subfunções para a função Saúde.....117
- Figura 3 - Distribuição do orçamento das subfunções para a função Saúde: orçamento inicial e orçamento atualizado.....117
- Figura 4 - Evolução histórica do orçamento.....118
- Figura 5 - Média do gasto orçamentário na função saúde dos municípios brasileiros categorizados por faixa da população nas regiões geográficas no período de 2003 a 2018 (valores em reais).....120

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CAP	Caixas de Aposentadorias e Pensões
CID	Classificação Internacional de Doenças
CIDE	Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico
CIT	Comissões Intergestores
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONASS	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
CONASEMS	Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
EC	Emenda Constitucional
FAE	Fração Assistencial Especializada
FEGE	Fator de Estímulo à Gestão Estadual
FPE	Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal
FPM	Fundo de Participação dos Municípios
FUNDEB	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação
HIV/SIDA	Síndrome de Imunodeficiência Adquirida
IAP	Instituto de Aposentadoria e Pensões
IAPAS	Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
IPTU	Imposto sobre a Propriedade Urbana
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículo Automotor
IRPF	Imposto de Renda da Pessoa Física

IRPJ	Imposto de Renda da Pessoa Jurídica
ISS	Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza
ITR	Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural
IVISA	Índice de Valorização do Impacto em Vigilância Sanitária
IVQ	Índice de Valorização de Qualidade
IVR	Índice de Valorização de Resultados
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LOS	Lei Orgânica da Saúde
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MESP	Ministério da Educação e Saúde
NOB	Normas Operacionais Básicas
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PAB	Piso da Atenção Básica
PAB–A	Piso de Atenção Básica Ampliada
PACS	Programa de Agentes Comunitários de Saúde
PBVS	Piso Básico de Vigilância Sanitária
PCDT	Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas
PDR	Plano Diretor de Regionalização
PCEP	Protocolo de Cooperação entre Entes Públicos
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
PIB	Produto Interno Bruto
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PNB	Produto Nacional Bruto
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PPI	Programação Pactuada e Integrada
PSF	Programa Saúde da Família
Rcl	Reclamação
RCL	Receita Corrente Líquida
RDH	Relatório de Desenvolvimento Humano
RE	Recurso Extraordinário
REMUME	Relação Municipal de Medicamentos Essenciais
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

RENASES	Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde
S-CODES	Aplicativo de Gerenciamento de Dados da Codes
SAMU	Serviço de Atendimento Móvel de Urgência
SAS	Secretaria de Atenção à Saúde
SIA	Sistema da Informação Ambulatorial
SINPAS	Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social
SMS	Secretaria Municipal de Saúde
SNS	Sistema Nacional de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TAS	Termo de Ajuste Sanitário
TJ	Tribunal de Justiça
UAD	Unidade de Atendimento Domiciliar
UBS	Unidade Básica de Saúde
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	15
2	A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL.....	21
2.1	Tridimensionalidade do direito econômico e a análise da regra matriz da ordem econômica brasileira.....	21
2.2	Submissão do Estado à ordem econômica pátria.....	26
2.3	Relação Estado e economia pública.....	31
2.4	Ordem econômica enquanto patrimônio público e o Estado enquanto garantidor da ordem econômica.....	39
3	DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE GARANTIDO PELA ORDEM ECONÔMICA.....	46
3.1	Os direitos sociais, o mínimo existencial e a realidade brasileira.....	48
3.2	Ordem constitucional econômica como garantidora da existência digna prevista no art. 170 da Constituição Federal.....	55
3.3	Saúde: direitos humanos e direito social fundamental.....	59
3.4	Escassez da Saúde: o ser e o dever-ser da ordem econômica capitalista brasileira.....	63
3.5	Ordem econômica brasileira e externalidades negativas à saúde.....	66
4	O ORÇAMENTO PÚBLICO DA SAÚDE.....	75
4.1	Conceito, leis e princípios orçamentários.....	75
4.2	Organização do orçamento brasileiro.....	79
4.3	Controle sobre o orçamento público brasileiro e as ilações de um controle ineficiente.....	85
4.4	Limitações orçamentárias impostas à saúde pela Emenda Constitucional nº 95/2016 e seus reflexos sociais.....	88
4.5	Conceito de reserva do possível e a relevância das leis orçamentárias para o alcance das prioridades econômicas e sociais da saúde.....	92

5	O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS.....	98
5.1	Leis estruturantes e princípios fundamentais do Sistema Único de Saúde.....	98
5.2	Organização e fontes de financiamento do Sistema Único de Saúde.....	108
5.2.1	Solidariedade passiva dos entes federativos.....	113
5.3	Gastos do Sistema Único de Saúde nos estados e municípios brasileiros.....	115
5.4	Sistema Único de Saúde como instrumento de intervenção direta do Estado no mercado.....	122
5.5	Eficiência do Sistema Único de Saúde.....	124
6	EFETIVAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE E O ORÇAMENTO PÚBLICO.....	136
6.1	(In)efetividade das políticas públicas de saúde e a ingerência do Poder Judiciário em sua concretização.....	138
6.2	A solidariedade passiva irrestrita imposta pelo Poder Judiciário aos entes federativos nas ações de saúde e o impacto orçamentário de tais decisões judiciais.....	141
6.3	O equilíbrio entre o atendimento do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário e a estabilidade orçamentária.....	145
7	CONCLUSÃO.....	153
	REFERÊNCIAS.....	162

1 INTRODUÇÃO

O texto constitucional de 1988 foi impresso com um espírito fortemente volvido à promoção de uma convivência isonômica, tanto formal quanto material, entre os cidadãos, perceptível pelo comprometimento com a lei geral e a justiça social, bem como pelo indispensável dever de efetivação da democracia econômica, do que decorreram inolvidáveis ilações, sob aspectos diversos.

O acesso à saúde, moradia, educação, trabalho, além de tantas outras premências humanas, são catalogadas como direitos, tonificando a compreensão de cidadania e municiando a sociedade civil de fundadas, e jurídicas, expectativas, com maior razão pelo elo com um compromisso do Estado baseado na distinta natureza de diretriz fundamental da República, qual seja a construção de uma sociedade solidária, livre e justa.

Sobre as reverberações do Estado Social e Democrático de Direito esculpido pela Constituição Federal de 1988, impende ressaltar sua implicação sobre a organização institucional, e especificamente no que se refere à repartição de poderes e forma de exercício de sua atividade, viés pelo qual se pode descortinar singularidades similarmente consideráveis.

Conquanto a seleção das políticas públicas está afeta, em princípio, aos Poderes Executivo e Legislativo, por serem escolhidos pelo povo, a ineficácia na realização de direitos sociais priorizados pelo constituinte originário termina por exigir uma participação ativa dos órgãos jurisdicionais no reparo dessas omissões.

No que pertine ao Poder Judiciário, houve uma intesificação de sua atividade pelo texto constitucional, porquanto foi-lhe conferido uma amplitude no controle de atividades administrativas, possibilitando a persecução do que seria o justo em sentido concreto. Isto porque, a disposição constitucional dos direitos sociais assola o poder público com o dever de converter a previsão normativa em realidade, em atendimento aos ditames constitucionais, planejando e sistematizando ações, por intermédio de mecanismos eficientes, no sentido de alocá-los ao alcance incontinenti da cidadania. Para tanto, a atividade jurisdicional se torna aliada na conquista desses interesses.

Ante as determinações constitucionais que estabelecem as finalidades estatais, requer-se do Poder Judiciário a ingerência nas políticas públicas e na transformação da realidade social. Sobreleva, assim, a atribuição essencial do magistrado para o progresso social e o sobrepujamento das desigualdades, competindo-lhe importante papel na busca do verdadeiro Estado social.

Todavia, os direitos sociais, diferentemente dos direitos individuais, pressupõem

prestações materiais para a sua efetivação. Sobrevém, então, as celeumas relativas à sua concretização, haja vista o custo que todo direito possui e a limitação dos recursos existentes, de maneira que a consubstanciação de um direito por vezes acarreta na não materialização, parcial ou total, de outro.

A disponibilidade financeira deve ser considerada, haja vista a administração pública se encontrar vinculada às balizas orçamentárias, enquanto o atendimento aos encargos de universalização da igualdade reivindicada pelos direitos sociais, culturais e econômicos denotam custos vultuosos, exigindo uma racionalização, um planejamento, com seleção sempre intrincada de opções mais convenientes para cada eventualidade.

Inobstante, outros pontos prezáveis devem ser objeto de abordagem, entre eles a denominada *reserva do possível*, exceção material de origem no ordenamento jurídico germânico, utilizada como justificativa em diversas demandas dessa natureza, vez que seu manejo desencarrega a administração de potencial responsabilidade, aflorando a necessidade de sua análise à luz do sistema jurídico nacional para se delimitar, com maior clareza, as conjecturas em que seria forçosa a sua consideração efetiva.

Assentada essa realidade, se torna compreensível os motivos, também sob o enfoque constitucional, do rogo doutrinário pela demarcação fidedigna das raias da atividade jurisdicional nessa seara, inclusive por se dispersarem seus reflexos por profusos âmbitos da ordem jurídica.

Daí porque se tornam imprescindíveis o exame da legitimidade dos pronunciamentos judiciais implementadores de políticas públicas, neste caso especificamente do direito à saúde, bem como os impactos orçamentários deles decorrentes, o influxo que possa ter a exceção da reserva do possível, a factibilidade das decisões judiciais diante da inexistência de planejamento econômico e da interpretação estratégica restrita de seus prolores, entre tantos outros.

A temática dos serviços públicos se mostra nos estudos de direito econômico como um dos mecanismos de intervenção direta na ordem econômica, e a relevância do tema fica patente quando se visualiza a parcela do orçamento público destinada aos gastos com a saúde e o número de ações judiciais em que se discute a matéria.

Diante de toda essa complexidade, a dissertação que ora se apresenta tem por objeto analisar a ordenação econômica e federativa da saúde e a interferência do Poder Judiciário na implementação desse direito.

Isso será desenvolvido com a ponderação da seguinte hipótese: se, e em que medida, o Poder Judiciário deveria intervir na efetivação do direito social à saúde, e quais os reflexos dessa ingerência, bem como a contribuição para a ordem constitucional econômica enquanto

garantidora da existência digna prevista no art. 170 da Constituição Federal.

É evidente que, mesmo circunscrito à abordagem jurídica, nenhum trabalho poderia esgotar todas as inquirições imanentes às consequências dos pronunciamentos judiciais acerca do direito à saúde sobre a economia, em razão da amplitude do tema e da complexidade das relações existentes na economia nacional. Somam-se a isso, no aspecto jurídico, a multiplicidade de institutos encontrados na legislação que trata sobre a saúde e a cisão metodológica entre os ramos da ciência do direito que estudam a questão. Mas é justamente esse diálogo interdisciplinar, em que o direito econômico serve como liame entre a economia e o direito, que parece emergir a oportunidade para o tratamento do assunto.

Ressalta-se que, por ser um estudo eminentemente jurídico, cujo objetivo é tentar compreender como as decisões judiciais interferem e poderiam auxiliar, de forma efetiva e não nociva, na concretização do direito à saúde, os conhecimentos de outras ciências, notadamente da economia, são aqui apresentados com esse propósito. Entretanto, não se pretende propor modificações legislativas ou alterações de posicionamentos políticos, mas em algumas ocasiões o debate jurídico se mostra deveras contagiado e influído por direcionamentos governamentais, o que torna inverossímil desprezá-los.

A presente dissertação se divide em seis capítulos. O primeiro capítulo refere-se à introdução do tema, onde é realizada uma abordagem geral do assunto pesquisado. O segundo capítulo é dedicado à análise da ordem econômica constitucional, sendo examinada a regra matriz da ordem econômica brasileira e o estudo da tridimensionalidade do direito econômico, bem como a submissão estatal à ordem econômica pátria, a relação entre Estado e economia pública, e a ordem econômica enquanto patrimônio público e o Estado enquanto garantidor dessa ordem. Nesse intento utilizou-se os ensinamentos, dentre outros, de Rodrigo Cavalcanti, Nelson Nazar, Thiago Matsushita, Eros Grau, Walber de Moura Agra, Ricardo Hasson Sayeg, Wagner Balera, André Ramos Tavares, Washington Peluso Souza, Fabiano Del Masso, Américo da Silva, Rogério Gesta Leal, Welber Barral, Stanley Brue e Frederico Mazzucchelli, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Celso Antônio Bandeira de Mello.

O capítulo três trata do direito fundamental à saúde, a ser garantido pela ordem econômica, que se constitui, em âmbito internacional, também como pertencente ao rol dos direitos humanos, havendo o debate, ainda, sobre a concepção de mínimo existencial e a realidade brasileira, a existência digna como garantia da ordem constitucional econômica, a escassez da saúde, e, por fim, a ordem econômica brasileira e as externalidades negativas à saúde. Neste sentido, os principais autores referenciados foram José Joaquim Gomes Canotilho, Carlos Weis, João Baptista Herkenhoff, Ana Paula de Barcellos, Vincenzo Demetrio Florenzano,

Andreas Krell, Ingo Wolfgang Sarlet, Clèmerson Merlin Clève, Ricardo Lobo Torres, Gilberto Bercovici, Lafayette Josué Petter, Jefferson Aparecido Dias, Emerson Ademir Borges Oliveira, Arnaldo Süssekind, Sueli Gandolfi Dallari, Flávio Galdino, Lenio Luiz Streck, Luciano Feldens, Vidal Serrano Nunes Jr., Luiz Alberto David Araújo, Richard Posner, Joseph Stiglitz e Robert Castel.

O capítulo quatro é dedicado ao orçamento público da saúde, sendo aludido seu conceito, as leis e princípios orçamentários, a organização, o controle sobre o orçamento público brasileiro e ainda as ilações de um controle ineficiente, tendo por referência autores como Aliomar Baleeiro, José Afonso da Silva, Sandoval Alves da Silva, Valdeci Fernandes Pascoal, Roberto Bocaccio Piscitelli, Maria Zulene Farias Timbó, Ricardo Lobo Torres, Antônio Lobo Xavier, Edilberto Carlos Pontes Lima, Fátima Vieira Henriques.

Ocupou-se também o capítulo quatro de tratar das limitações orçamentárias impostas à saúde pela Emenda Constitucional nº 95/2016 e seus reflexos sociais. Neste ponto, embasaram o estudo, entre outros autores, Rodrigo Cavalcanti, Thiago Matsushita e Ernesto Lozardo. Foi explanado, além disso, acerca da definição da reserva do possível e a relevância das leis orçamentárias para o alcance das prioridades econômicas e sociais da saúde, utilizando, para tanto, os ensinamentos de Jorge Miranda, Gustavo Amaral, Andreas Krell, Flávio Galdino, Emerson Garcia.

No capítulo cinco é discutido o Sistema Único de Saúde, apresentando suas leis estruturantes, princípios fundamentais, organização e fontes de financiamento, bem como a solidariedade passiva a que estão adstritos os entes federativos na prestação dos serviços públicos de saúde. É exposto neste tópico os gastos do SUS nos estados e municípios brasileiros e analisa-se o Sistema Único de Saúde como instrumento de intervenção direta do Estado no mercado e a eficiência de tal sistema. Tais análises tiveram por fundamento autores como José Joaquim Gomes Canotilho, Lenir Santos, Sulamis Dain, Áquilas Mendes, Rosa Maria Marques, Jaime Crozatti, Robert Boyer, Fernando Resende e Silva, Dennis Mahar, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi.

Por derradeiro, com base em autores como José Felipe Ledur, José Afonso da Silva, Ingo Wolfgang Sarlet, Ana Paula Barcellos, Antônio Moreira Maués, Eduardo Appio, Fátima Vieira Henriques, Ricardo Lobo Torres e Ricardo Seibel de Freitas, o sexto capítulo versa sobre a efetivação judicial do direito à saúde e o orçamento público. Examina-se a (in)efetividade das políticas públicas de saúde e a ingerência do Poder Judiciário em sua concretização, a imposição, nas ações de saúde, da solidariedade passiva irrestrita aos entes federativos pelo Judiciário e o impacto orçamentário de tais determinações judiciais. Conclui-se por averiguar

acerca do equilíbrio entre o atendimento do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário e a estabilidade orçamentária.

O enfoque teórico deste trabalho se constitui tanto na dogmática quanto na zetética. Isto porque, entre a dogmática e a zetética não há uma separação rígida, mas ao contrário, na totalidade do discurso jurídico elas se entremeiam, às vezes se opondo, outras se colocando em paralelo, mas sempre estabelecendo um ambiente de possibilidades bastante diversificado. Por exemplo, ao se analisar as normas constitucionais que dispõem sobre a prestação indistinta pelos entes federados dos serviços públicos de saúde, estar-se-á diante de uma investigação dogmática, esta que por sua vez é a mesma realizada pelos magistrados ao analisarem as demandas que versam sobre tais prestações à comunidade. No entanto, no aprofundamento nos reflexos dessas decisões judiciais, bem como no exame de outras formas de solucionar a problemática apresentada, a zetética é utilizada. Assim é tal identificação porque o direito dogmático é fixo e fechado, devendo ser aceito como é, enquanto o direito zetético é mais aberto e flexível, sendo constantemente alvo de questionamento. A linguagem zetética é informativa, já a dogmática, diretiva, além de informativa. O pensamento dogmático se refere à formação da opinião derradeira, já o pensamento zetético, se relaciona com a investigação propriamente dita, isto é, justamente com a dissolução, através da dúvida, das meras opiniões.

Neste sentido, fez-se uso do enfoque dogmático na investigação das normas que tratam do direito à saúde e a competência para sua efetivação, mas se empregou o enfoque zetético para orientar os resultados do problema apresentado: quais possíveis soluções para os reflexos negativos da solidariedade passiva imposta pelo Poder Judiciário aos entes federativos, de maneira indistinta; os impactos orçamentários dos pronunciamentos judiciais na concretude do direito à saúde; como deveriam os serviços públicos de saúde serem prestados; e qual a forma menos nociva, ou digamos, mais proveitosa, da ingerência do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais.

Ainda, cuidou-se de pesquisa de natureza teórica, desenvolvida com o objetivo de debater novos conhecimentos, úteis para as ciências sociais, qual seja, a ordenação econômica e federativa da saúde pelo Estado brasileiro e o papel do Poder Judiciário na seara da prestação do direito à saúde e seus reflexos socioeconômicos.

Quanto à abordagem, o tema foi desenvolvido de modo qualitativo, para a realização de uma análise mais aprofundada dos problemas debatidos.

No que se refere aos objetivos, a pesquisa se mostrou exploratória, onde o intento foi obter uma maior familiaridade com o problema e a busca da apresentação de sua solução. Quanto aos procedimentos técnicos, foi elaborada uma pesquisa bibliográfica, constituída

principalmente de obras, artigos científicos, dissertações, teses, jurisprudências e legislação pertinentes ao assunto tratado, aliados a levantamento de dados estatísticos coletados em pesquisas sobre o direito à saúde e sua forma de prestação à população.

O método de procedimento foi o dedutivo, considerando que a redação jurídica envolve o processo argumentativo, que se desenvolve a partir de uma hipótese, para que, por intermédio da argumentação, essa dedução se apresente como real ou não.

2 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Juridicamente, a expressão "ordem econômica" tem sido utilizada para denominar a seara do sistema normativo que tem por finalidade regular as relações econômicas ocorridas em um Estado. Significa, por assim dizer, na dimensão jurídica da economia.

No ordenamento jurídico brasileiro, a expressão *ordem econômica* é empregada em diferentes sentidos, por vezes sendo utilizada para discorrer sobre o mundo do ser (econômico puro) e, em outros momentos, para retratar o dever-ser (econômico-jurídico)¹.

Eros Grau aduz que a ordem econômica indica uma parte da ordem jurídica:

Ainda que se oponha à ordem jurídica a ordem econômica, a última expressão é usada para referir uma parcela da ordem jurídica. Esta, então - tomada como sistema de princípios e regras jurídicas -, compreenderia uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica, uma ordem social.²

Por sua vez, Vital Moreira, ao conceituar a ordem econômica, assim asseverou:

Designando o conjunto de normas e instituições jurídicas que têm por objeto as relações econômicas, ela abrange necessariamente planos jurídicos distintos (direito público, direito privado) e ramos jurídicos diversos (direito comercial, direito civil, direito do trabalho, direito administrativo etc.).³

A organização econômica, no âmago de um sistema econômico específico, juridicamente preordenado, é denominada *ordem econômica*. Já o conjunto de normas que efetivam, em concreto, uma certa ordem econômica, disciplinando sobre a forma econômica perfilhada, constitui a *ordem econômica constitucional*.

2.1 Tridimensionalidade do direito econômico à luz da regra matriz da ordem econômica brasileira

A origem do direito econômico não encontra consenso entre os estudiosos, entendendo alguns autores que o "Direito Econômico surge como uma reação, uma necessidade social, do Estado, por meio da Lei, de controlar os efeitos da atuação de agentes econômicos no mercado,

¹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 83.

² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 59.

³ MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição econômica*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974. p. 58.

bem como controlar a própria Economia e suas leis naturais.⁴”, enquanto outros, como Rodrigo Cavalcanti, compreendem que as leis da economia não decorrem da natureza, mas são “fruto de atos, negociações e imposições eminentemente políticos, conduzidos e observados mormente pelo Estado, pelo interesse também político de certos grupos detentores do poder e, no mais das vezes, de certa parcela da sociedade”⁵.

Neste sentido, Cavalcanti esclarece que, anteriormente à Revolução Francesa o regime jurídico da economia já era empreendido pelo Estado e que este não surgiu somente no início do século XX:

A instauração de um regime jurídico da economia já era realizada pelo Estado absolutista anterior à Revolução Francesa de 1789, mediante o mercantilismo, no qual o Estado tinha intervenção total no mercado. Portanto, não desconsideramos as contingências estruturais de fragilidade do governo francês de então, caracterizado pelo viés absolutista – contingências reveladas por uma classe emergente economicamente poderosa. E ainda, embora sob outra ótica, tendo em vista a permanência do Estado, salientamos o reconhecimento pelos burgueses do poder dessa instituição em instaurar regimes e concretizar políticas de legitimação de certos interesses, fossem eles privados, restritos a certos grupos, fossem o mais possível democratizados, mas sempre com vias de estruturação de certa forma de economia.

[...]

Pela necessidade em afirmar aqui nosso posicionamento sobre o surgimento do Direito Econômico, vale frisar que este não apareceu somente no início do século XX, com a noção social, defendida pelos Direitos Humanos, de intervenção estatal em prol da dimensão igualitária. Surgiu, sim, como ordenador do sistema capitalista, juntamente com o Estado moderno, fornecendo para a economia baseada no direito de propriedade os aparatos estruturais e institucionais de legalidade e legitimidade.⁶

O entendimento do direito econômico como disciplina autônoma é pacificado nos dias de hoje, conforme se depreende do próprio texto constitucional pátrio, que prevê em seu artigo 24, inciso I, estarem afetos à União, aos estados e ao Distrito Federal a competência legislativa concorrente sobre o direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico, reconhecendo expressamente, portanto, a existência dele.

Conceitualmente, apesar de diversos doutrinadores⁷ perceberem o direito econômico como o campo de estudos jurídicos acerca da regulação sobre a organização e direção da atividade econômica, exercidas tanto pelo poder público quanto pelo privado, refletidas na capacidade de edição de normas ou na contribuição para essa edição, não há como negar a participação concomitante da sociedade civil quando dotada dessa mesma capacidade.

⁴ BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1.

⁵ CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. *CADE: o oligopólio no Estado brasileiro de intervenção necessária*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2015. p. 9.

⁶ *Ibidem*, p. 8-10.

⁷ SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 15-16.

Alocar o direito econômico na clássica dicotomia entre público e privado seria, assim, por demais simplista, tendo em vista que seus contornos jurídicos ultrapassam tais searas, alcançando as raias mundiais. A economia, cuja organização é afeta ao direito econômico, tem âmbito geopolítico planetário, abarcando os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão⁸.

Essa amplitude econômica é retratada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no art. 174 da Constituição Federal, que menciona a existência dos setores públicos e privados da economia, mas não dispõe que o Estado seja o coordenador central dela ou que tais esferas o sejam. A ordem econômica rege os âmbitos público e privado, mas não pode ser confundida com eles, sendo muito mais ampla, vez que não emana apenas e tão somente desses campos.

O moderno direito econômico, segundo Eros Grau, tem fundamento em uma visualização não tradicional e de um método não ortodoxo de avaliação e classificação jurídica, considerando que sua função metodológica é a de estabelecer os nexos e, assim, a organicidade dos regulamentos jurídicos referentes à fenomenologia das grandes transformações socioeconômicas da época atual⁹.

O art. 170 da Constituição Federal espelha a regra matriz do direito econômico, que estabelece disciplina jurídica tridimensional dos direitos humanos e, assim, fundamentais: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”¹⁰.

Historicamente, os direitos fundamentais foram conquistados e condensados em primeira, segunda e terceira dimensão: num primeiro momento houve a necessidade de se resguardar a liberdade do indivíduo, ou de grupo de particulares, em face do Estado; no segundo momento necessário se fez a afirmação dos direitos políticos e sociais dos sujeitos, sendo a liberdade conferida não apenas negativamente, mas positivamente, como autonomia, bem como a exigência de bem-estar e igualdade, esta última não apenas formal, o que poderia ser chamada de “liberdade através ou por meio do Estado”¹¹; o terceiro momento traduz a transmutação do homem como centro do universo (antropocentrismo) para o homem coletivamente considerado.

Essas dimensões dos direitos humanos são desdobramentos dos valores axiológicos de liberdade, igualdade e fraternidade, oriundos da Revolução Francesa do século XVIII.

⁸ NAZAR, Nelson. *Direito econômico e o contrato de trabalho*: com análise do contrato internacional do trabalho. São Paulo: Atlas, 2007.

⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 131.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 32.

Ressalte-se que o uso da nomenclatura “dimensão” dos direitos humanos em detrimento da terminologia “geração” tem razão no fato desta última pressupor a ideia de início e término, enquanto a primeira revela a condução de uma categoria de direitos à outra, sem necessariamente ter se findado a anterior. Tal distinção é crucial, considerando estar o direito em constante evolução, não se podendo falar em prelúdio e epílogo de um direito, mas em seu soerguimento.

A liberdade, enquanto valor axiológico, é representada pela total liberdade do Estado, onde os agentes econômicos se confrontam livremente provocando uma acomodação natural. O Estado não intervém na economia e somente a concorrência é preservada. A liberdade e a propriedade privada correspondem a esse valor.

O segundo valor axiológico, advindo do século XVIII, qual seja, a igualdade, ocorre por intermédio da atuação direta do Estado na economia.

Thiago Matsushita assim explica a segunda dimensão:

Por outro lado, o segundo valor axiológico trazido pela Revolução Francesa foi a igualdade. A igualdade formal é aquela que preserva a ação direta do Estado na economia onde ele é o agente central, partindo dele todas as normas e regras econômicas e sendo ele o destinatário final desses benefícios. A concorrência passa a ser ignorada, pois a responsabilidade de ser o regente é do Estado e os agentes econômicos privados não podem agir, e quando o podem, só o fazem a partir das determinações dos Estados. O Mercado passa a ser de ‘propriedade’ do Estado. [...] Nessa proposta, o modelo empregado pelo Estado é a representação do Estado Controlador ou Estado Ditatorial, onde há a concentração de poder pelo governante. Normalmente, há a supressão da liberdade de iniciativa, cabendo ela, exclusivamente, ao Estado, ou a quem ele delegar.¹²

A fraternidade, terceiro valor oriundo da Revolução Francesa, representou a tutela dos direitos difusos e coletivos, retirando o homem do centro do universo e o considerando coletivamente.

Os direitos de terceira dimensão são assim definidos por Walber de Moura Agra:

Os direitos de terceira dimensão têm como principal vetor o direito à fraternidade, fraternidade de direitos do gênero humano. São exemplos típicos de prerrogativas de terceira dimensão: direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente equilibrado, ao patrimônio histórico, artístico e cultural, à autodeterminação dos povos, à solidariedade, ao desenvolvimento, à proteção dos consumidores, direitos dos hipossuficientes, à preservação da intimidade etc. Também são denominados de direitos pós-materiais. Na seara do direito internacional, incidem nas relações entre os Estados, estimulando relações de coordenação, em que a ajuda e a cooperação dos países mais ricos aos países mais pobres sejam estimuladas.¹³

¹² MATSUSHITA, Thiago Lopes. *Análise reflexiva da norma matriz da ordem econômica*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (Mestrado em Direito). São Paulo, 2007. p. 25.

¹³ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 1125.

Nessa perspectiva, se mostra incontestável a afirmação do direito econômico como um direito humano tridimensional, tendo como regra matriz o art. 170 da Constituição Federal.

A liberdade, direito humano de primeira dimensão, se encontra representada pela expressão “livre iniciativa”, prevista na regra matriz, assegurando a todos os cidadãos a participação, ativa e/ou passiva, em toda e qualquer atividade econômica.

Por sua vez, a igualdade, segunda dimensão do direito econômico, é refletiva na afirmação de que a existência digna será assegurada a todos “conforme os ditames da justiça social”.

Por derradeiro, a expressão “todos” traduz a terceira dimensão dos direitos humanos, a fraternidade, representando a garantia de que à totalidade dos brasileiros, sem exceção, é assegurada a existência digna.

O direito econômico, deste modo, atende às três dimensões dos direitos humanos, concomitantemente e em cadeia de adensamento:

Conclui-se, portanto, que o direito econômico brasileiro tem como regra matriz o art. 170 da Constituição Federal, que estabelece disciplina jurídica tridimensional de direitos humanos e, assim, direito fundamental, que visa proporcional à população, no contexto nacional e planetário, a existência digna conforme os ditames da justiça social, pelo adensamento das liberdades negativas com as liberdades positivas e fraternidade, resolvidas as colisões pela aplicação da proporcionalidade da medida dessa última na busca do resultado da satisfatividade do mínimo existencial, impondo um capitalismo humanista tridimensional estruturador de uma economia social de mercado¹⁴.

A conformação constitucional capitalista brasileira se perfaz de um direito econômico finalístico, cujo objetivo é a garantia de existência digna a todos, em conformidade com os ditames da justiça social.

Matsushita e Sayeg assim resumem o enquadramento do direito econômico na opção humanista tridimensional constitucional brasileira:

Nossa evolução histórica levou a conquista e condensação dos direitos fundamentais, de primeira, segunda e terceira dimensão, e o seu entrelaçamento pelo viés da dignidade do ser humano, servindo de plataforma tridimensional edificadora positivada dos direitos humanos visando proporcionar à coletividade brasileira a justiça social consubstanciada em seu desenvolvimento político, econômico, social e cultural. Neste contexto, o direito econômico brasileiro é tridimensional - o adensamento das liberdades negativas, das liberdades positivas e dos imperativos de solidariedade -, não se tratando de exclusão ou sobreposição das dimensões do direito

¹⁴ MATSUSHITA, Thiago Lopes. *Análise reflexiva da norma matriz da ordem econômica*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (Mestrado em Direito). São Paulo, 2007. p. 25.

privado ou do público, mas, sim, da compressão deles por conta dos direitos coletivos, implicando maior potência na tutela da humanidade e do próprio planeta.¹⁵

Dito isto, inegável a tridimensionalidade do direito econômico brasileiro, sendo constituído pelas dimensões do direito, público ou privado, não sobrepostas entre si, mas condensadas, significando que devem ser tratadas em conjunto as liberdades negativas, positivas e os mandamentos da solidariedade, no intuito de conceder uma intensa proteção aos direitos que pertencem a todos os seres humanos.

2.2 Submissão do Estado à ordem econômica pátria

A intervenção do Estado na economia é possibilitada por normas e regras, constitucionais e infraconstitucionais. Esse conjunto normativo, que modela a forma de intervenção estatal na economia, denomina-se ordem econômica.

André Ramos Tavares assim delimita a ordem econômica:

A expressão “ordem econômica” tem sido empregada juridicamente para fazer denotar a parcela do sistema normativo voltada para a regulação das relações econômicas que ocorrem em um Estado. Seria, pois, ordem jurídica da economia.¹⁶

Para Fabiano Del Masso,

A ordem econômica é uma representação estrutural cuja finalidade é organizar a realização da atividade econômica em determinada comunidade. Para tal finalidade a ordem contempla alguns princípios que a informam e que deverão circunscrever os limites da legislação a ser criada. A interpretação de qualquer norma que compõe a ordem econômica induzirá a um dos vários princípios nela previstos. Da mesma maneira a ordem econômica existe devido aos seus fins, que nela deverão constar expressamente. A ordem econômica, na verdade, corresponde também à coerência do regime de regras criadas para regular determinados aspectos da atividade econômica.¹⁷

O objetivo da ordem econômica é a regulação das regras e princípios constantes nas atividades econômicas. A organização econômica, em um sistema econômico, que é regulado juridicamente, constitui a ordem econômica. Ou seja, a estruturação dos elementos do sistema

¹⁵ MATSUSHITA, Thiago Lopes; SAYEG, Ricardo Hasson. *O direito econômico brasileiro como direito humano tridimensional*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ricardo_hasson_sayeg.pdf. Acesso em agos. 2020. p. 2396.

¹⁶ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 82.

¹⁷ DEL MASSO, Fabiano. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 35.

econômico formariam a ordem econômica.¹⁸

Para Washington Peluso Souza:

A ordem econômica, portanto, não impõe seus princípios à prática dos atos capazes de garanti-la, indicando-os como “referências harmoniosas”. A efetivação depende de sua adoção, porém não oferece a “força” que só a “norma jurídica” possui e que se tornará “força cogente” quando seja transformada em “Lei”.¹⁹

A ordem econômica possui três sentidos, segundo Nelson Nazar:

[...] modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; conjunto de todas as normas (morais, jurídicas e religiosas) sobre o comportamento dos sujeitos econômicos; e o conjunto das normas jurídicas da economia.²⁰

Ainda, de acordo com Américo Luís Martins da Silva, a ordem econômica possui três objetivos principais, que vem a ser a estabilidade econômica, o progresso econômico e, por derradeiro, a justiça econômica e liberdade econômica.²¹

O progresso econômico, primeiro objetivo informado por Américo Luís, se constitui no “[...] aperfeiçoamento, maior racionalidade ou maior eficiência e aproximação das metas traçadas pelos governos de cada Estado”.²²

Essa meta abrange, além da economia, questões não econômicas, como por exemplo:

[...] a utilização controlada de recursos escassos da comunidade, combate à deterioração ambiental, à decadência e ao congestionamento das grandes cidades, controle sobre o rápido esgotamento de recursos não renováveis, combate à destruição do verde, do aumento dos índices de criminalidade, das pressões inflacionárias, da degradação social [...].²³

O segundo propósito da ordem, a estabilidade econômica, diz respeito, ainda conforme Américo da Silva,

[...] a eliminação das flutuações do nível de renda e emprego, que são uma das maiores vulnerabilidades do sistema de mercado; bem como a estabilidade monetária, ou seja, a manutenção, dentro de determinados limites, do poder de compra da moeda, a fim de evitar processos inflacionários ou deflacionários mais agudos, provocando disfunções no mecanismo de emprego de recursos e, ainda, efeitos perversos sobre a

¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 83.

¹⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 179.

²⁰ NAZAR, Nelson. *Direito econômico*, Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2004. p. 38.

²¹ SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem constitucional econômica*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 4.

²² *Idem*.

²³ SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem constitucional econômica*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 4.

distribuição de renda [...].²⁴

A justiça e a liberdade econômica fazem parte do terceiro objetivo da ordem econômica. A primeira significando uma melhor distribuição de renda, com o escopo de diminuir as desigualdades sociais, e a liberdade econômica, no sentido de que “[...] a intervenção do Estado na Economia se dá de maneira a restringir a liberdade individual do particular; em virtude disso, a liberdade econômica é puramente residual [...]”.²⁵

Quanto à forma de intervenção do Estado na economia, o art. 174 da Constituição Federal assevera ser esta indicativa para o setor privado e determinante para o setor público.

No que se refere aos princípios gerais da atividade econômica, estes representam as decisões políticas fundamentais do constituinte originário, que subordinam a atuação estatal na economia e delimitam a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

No *caput* e incisos do art. 170 da Constituição Federal, no primeiro capítulo do Título VII, sob a rubrica *Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica*, se encontram os princípios da ordem econômica e financeira. Considerando um sentido restritivo, são princípios constitucionais-econômicos apenas aqueles expressamente elencados como tal pela Constituição formal. No entanto, os princípios ali dispostos não são os únicos de direta e evidente repercussão econômica. Outros princípios, não alocados naquele espaço, possuem projeção econômica.

André Ramos Tavares aduz que:

São princípios de implicações econômicas, dentre outros, o princípio do Estado de Direito, tendo em vista que confere a necessária e desejável segurança e previsibilidade das relações jurídicas. Também o princípio do Estado federal, do qual decorre a unidade econômica de todo o território nacional, impedindo a criação de taxas aduaneiras internas (nesse sentido vide: Via, 1999: 52-53). Há, ainda, fora do art. 170, princípios que, além da relevância econômica, como estes citados anteriormente, agregam ainda a nota da sua exclusividade econômica, vale dizer, são princípios vocacionados totalmente para a ordem econômica do país, o que ocorre com alguns princípios alocados no art. 1º e no art. 3º da Constituição: princípio dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, inc. IV); princípio do desenvolvimento social (art. 3º, inc. II); princípio da erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, inc. III) e princípio da redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inc. III, *in fine*). É claro que sua implicação com o social é, como referido anteriormente, inquestionável.

Numa concepção muito ampla, todos são princípios econômico-constitucionais, e não aqueles expressamente indicados pela Constituição em seu capítulo especificamente dedicado a isso (Capítulo I do Título VII).²⁶

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Idem*.

²⁶ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 123-124.

Lado outro, se nem todos os princípios econômicos estão disciplinados apenas no título constitucional próprio, deve-se reconhecer também que alguns princípios elencados no art. 170 da Constituição Federal não guardam somente conotação econômica:

De outra parte, se nem todos os princípios econômicos encontram-se reunidos no título próprio, é forçoso reconhecer que muitos dos princípios adotados expressamente no art. 170 não possuem apenas a conotação econômica, como ocorre com a proteção do meio ambiente, que é uma aspiração muito mais ampla, sendo o aspecto econômico uma das abordagens possíveis. Contudo, tendo sido expressamente designada pela Constituição econômica, não pode ser olvidado como princípio a ser incluído no seu estudo. Quiçá nenhum deles possa receber uma leitura exclusivamente econômica, o que significaria um inadmissível isolamento normativo no contexto constitucional.²⁷

O *caput* do art. 170 da Constituição Federal contém a disposição nuclear da ordem econômica pátria, prescrevendo: "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 [...]".

A economia de livre mercado, capitalista, é consagrada na atual Constituição brasileira. No entanto, os valores do trabalho humano também são prioritários no texto constitucional. Para José Afonso da Silva existe uma hierarquização aparentemente rígida de "valores" constitucionais, que deve ceder em face de uma interpretação sistêmica e compatibilizadora dos diversos valores incorporados constitucionalmente:

[...] embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV).²⁸

De fato, apesar dos princípios constantes do *caput* do art. 170 permearem os princípios arrolados nos seus incisos, não significa que existe uma hierarquia de supremacia dos primeiros sobre os segundos.

Celso Ribeiro Bastos, afirma que são quatro os princípios catalogados no art. 170 da Constituição: "encontramos no *caput* do artigo referência a quatro princípios: valorização do trabalho humano, livre-iniciativa, existência digna, conforme os ditames da justiça social".²⁹

²⁷ *Idem.*

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 788.

²⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 42.

Contudo, a doutrina não é unânime em aceitar esse posicionamento. Alguns autores sequer consideram os dispositivos do art. 170 como princípios.

Washington Peluso Albino de Souza assevera que as disposições do *caput* configuram fundamentos e objetivos da ordem constitucional, mas não princípios:

[a]o tratar dos 'princípios gerais', o legislador situou, no primeiro artigo (art. 170) do Cap. I, a preocupação para com os seus 'fundamentos' e os princípios a serem observados. Como fundamentos da 'ordem econômica' nomeia 'a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa'. Como objetivo indica o de 'assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social', seguindo-se-lhes, então, os 'princípios' a serem observados.³⁰

Nota-se que o debate perpassa a celeuma terminológica, chegando a constituir uma divergência conceitual. Entretanto, André Ramos Tavares assegura que não há dúvidas quanto ao caráter principiológico dos dispositivos constantes no art. 170 da Constituição:

Não deve haver dúvida quanto à natureza principiológica de todos esses comandos. Além daqueles princípios fundamentais - livre-iniciativa e valor social da iniciativa humana - enumerados em seu *caput*, o art. 170 da Constituição relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.³¹

Dentre os princípios da ordem econômica, constantes no art. 170 da Constituição Federal, aqueles constantes dos incisos I a VI podem ser denominados de princípios de funcionamento, tendo em vista se referirem à dinâmica das relações produtivas, a que todos estão vinculados, inclusive os entes públicos quando imbuídos do papel de fornecedor.

Os chamados princípios-fim, assim denominados por traçarem os objetivos que a ordem econômica deverá atingir, referem-se ao Estado como indutor da atividade econômica e definem a política econômica estatal, estando catalogados nos incisos VII a IX do art. 170 c/c art. 3º, todos da CRFB.

Esses princípios totalizam comandos normativos cogentes, que devem, obrigatoriamente, ser observados e respeitados pelo Estado, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado em dissonância com qualquer deles.

³⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição econômica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, p. 29-32, abr.-jul., 1989. p. 29.

³¹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 126.

Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabeleçam metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios. Em primeiro lugar, cumpre perceber que os princípios da redução das desigualdades regionais e sociais (inc. VII) e busca do pleno emprego (inc. VII) se revelam mais como objetivos da ordem econômica (função principiológica de caráter prospectivo). Ainda assim, podem ser considerados princípios, seja porque assim foram designados pela Constituição (opção dogmática), seja porque apresentam a mesma estrutura normativa, própria dos princípios (hipótese de incidência aberta), seja porque podem ser considerados princípios pela relevância interna que adquirem no Ordenamento Jurídico e, em especial, na Constituição, como "mandamento nuclear" (a respeito da distinção - e proximidades - entre essas duas últimas posturas conceituais, cf. Tavares, 2006, Cap. III). Dessa maneira, não interfere em sua natureza a verificação de terem sido denominados, constitucionalmente, como finalidades.³²

Consagrado o dever de obediência estatal aos princípios da ordem econômica, assim considerados por porque foram designados pela Constituição Federal de 1988, ou por apresentarem idêntica estrutura normativa dos princípios, ou ainda em razão de serem encarados como princípios pela relevância interna que adquirem no ordenamento jurídico pátrio, é de se concluir pela inaceitabilidade de qualquer ato realizado em discordância com eles, não importando se emanados por qualquer dos Poderes da República.

2.3 Relação Estado e economia pública

O hodierno desempenho estatal no domínio econômico remonta à própria trajetória do ente denominado Estado. Direito e economia, numa sucessão de eventos, se emparelham numa perspectiva integracionista, dando conta das motivações jurídicas da própria intervenção do Estado em cada intervalo histórico.

O processo de atuação do Estado na condução das políticas econômicas ocorre com a composição dos denominados Estados Modernos, especialmente por influxo do movimento mercantilista e das concepções ideológicas capitalistas a partir do século XVIII.³³

³² TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 126.

³³ Rogério Gesta Leal assevera que os juristas entendiam, na década de 1960, que as técnicas de mensuração quantitativa da realidade social propostas pela ciência econômica confundiam-se com os próprios conteúdos materiais desta realidade – e, por conseguinte, com os seus direitos –, desta forma: “[...] não podendo a regulação normativa de comportamentos e condutas sociais pautadas por premissas deontológicas e axiológicas serem reduzidas a dimensões quantitativas e exatas, matematicamente solvidas por cálculos e juízos objetivos. Na verdade, não se tratava de forçar relações diretas entre análises quantitativas econômicas do tecido social e sua regulação normativa, mas viabilizar a interlocução entre pensamento econômico e pensamento jurídico – perspectiva que também vai alavancar a importância para o Direito da Economia Política”. In: LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010. p. 20-21.

Surge o espírito capitalista e, com ele, um sistema econômico fundamentado na propriedade privada dos meios de produção, no acúmulo de riquezas e na procura por investimentos com o objetivo de organizar um mercado livre ou liberal.

O desenvolvimento econômico dos países capitalistas centrais, de típicos Estados liberais, se deu em conformidade com as leis naturais do mercado e com um Estado mínimo, que intervesse, comercial e socialmente, apenas para garantir as condições indispensáveis para que a economia e a coletividade atuassem por si mesmas.

Adam Smith defendia que a iniciativa privada deveria agir livremente, com pouca ou nenhuma ingerência estatal, mas que o sistema legislativo era essencial para o adequado funcionamento dos mercados, tendo discutido as implicações econômicas das leis mercantis. O autor foi primordial na solidificação da premissa segundo a qual a procura pelo auto-interesse egoísta conduziria inevitavelmente ao progresso social.³⁴

Sem qualquer intervenção da lei, os interesses particulares e as paixões dos homens naturalmente os levam a dividir e a distribuir o capital de toda sociedade entre todos os diferentes empregos exercidos nela, no mais próximo possível da proporção mais agradável ao interesse de toda a sociedade.³⁵ (tradução nossa).

O primeiro pensador, que teria mencionado que a ordem jurídica poderia ser um instrumento para governos darem início a reformas econômicas, com grandiosa valia para a análise da economia clássica, foi Jeremy Bentham.

Bentham defendeu a filosofia de que, se existem razões especiais, o governo deve intervir. Por exemplo, ele acreditou que o Estado deveria monopolizar a questão do papel-moeda, economizando assim os juros sobre seu empréstimo. Ele também deveria fazer funcionar o seguro de vida e de anuidade e a taxa sobre a herança e os monopólios, e assim por diante. Onde os interesses das pessoas não são naturalmente harmoniosos, o Estado deveria estabelecer uma harmonia artificial de interesses que promovesse a maior felicidade de um grande número de pessoas.³⁶

³⁴ No Velho Mundo, os alemães Karl Heinrich Marx e o Friedrich Engels analisavam o direito como um instrumento de exploração que deveria ser alterado para ser utilizado como instrumento de reforma quando da dominação do Estado pelo proletariado. Enquanto isso, em terras inglesas, os pensadores lançavam os alicerces para a análise econômica do direito.

³⁵ *“Without any intervention of law, therefore, the private interests and passions of men naturally lead them to divide and distribute the stock of every society among all the different employments carried on in it as nearly as possible in the proportion which is most agreeable to the interest of the whole society”*. In: SMITH, Adam. *The wealth of nations*. London: the electric book, 1998. p. 835.

³⁶ BRUE, Stanley L. *História do pensamento econômico*. Tradução de Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 125.

Bentham afirma que não existem direitos anteriores aos advindos dos governos, nenhum direito que não seja editado pela lei, nem mesmo o direito natural³⁷, e seu posicionamento foi posteriormente sustentado por John Stuart Mill, economista e filósofo inglês, com grande influência no pensamento liberal do século XIX, para quem o direito poderia ser delineado de modo a majorar a eficiência nos negócios, implicando, por consequência, o crescimento³⁸.

Contudo, mesmo com as investidas desses pensadores, a intervenção do Estado na economia somente se solidificou após a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, ocorrida em 1929, quando se instaurou no mundo capitalista a grande depressão e o Estado sobreveio a intervir nas relações econômicas como meio de fomentar a economia.

O automatismo das forças de mercado passou a ser rejeitado pelo pensamento econômico do capitalismo mundial após a Primeira Guerra Mundial.

Tal rejeição foi sopesada, de outra parte, pelo reconhecimento dos direitos subjetivos civis e políticos e, em decorrência, pela rejeição à coletivização da propriedade dos meios de produção e dos investimentos, cuja dialética autorizava a intervenção do Estado no domínio econômico para solução das externalidades negativas, sob a plataforma da concepção do Estado do bem-estar social – ou seja, um capitalismo de Estado.³⁹

John Keynes foi o principal idealizador desse intervencionismo estatal, no qual os governos fariam uso de medidas monetárias e fiscais para abrandar as implicações adversas dos ciclos econômicos: depressão e recessão.⁴⁰

O autor baseava-se na afirmação do Estado como agente imprescindível de controle da economia, em oposição às percepções neoliberalistas. Keynes não negava o capitalismo, mas ao contrário dos neoclássicos, asseverava que o ciclo econômico não é autorregulado.

Os devotos do capitalismo são, normalmente, conservadores em excesso e rejeitam as reformas em suas técnicas, que poderiam, com efeito, fortalecê-lo, com medo de que elas possam provar ser os primeiros sinais de distanciamento do capitalismo [...] De

³⁷ De acordo com Bentham, os problemas das Declarações consistem em confrontar os direitos naturais e reais, a tomar como ficções a realidade, considerando que os direitos do homem não podem ser vencidos por uma decisão humana, o que lhe parece como um postulado em sentido. “*Ainsi, selon lui, les défauts des Déclarations consistent à confondre droits naturels et droits réels, à prendre des fictions pour des réalités, tout en considérant que les droits de l’homme ne peuvent pas être défaits par une décision humaine, ce qui lui apparaît comme un postulat vide de sens.*”. In: KOLACINSKI, David. *Analyse économique des droits de l’homme*. Rennes, France: Presses Universitaires de Rennes, 2003. p. 27.

³⁸ BARRAL, Welber. Desenvolvimento e sistema jurídico: a busca de um modelo teórico. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Teoria jurídica e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 14.

³⁹ BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo Hasson. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011. p. 55.

⁴⁰ A partir das políticas de John Maynard Keynes (1883-1946), especialmente com as ideias de crescimento do PIB adaptado às novas políticas de distribuição de rendas, o conceito de desenvolvimento foi identificado.

minha parte, acho que o capitalismo, bem-administrado, pode se tornar mais eficiente para alcançar as meras economias do que qualquer sistema alternativo em vista, mas que é, em diversas maneiras, extremamente censurável.⁴¹

O idealizador e realizador das políticas sociais e econômicas passa a ser o Estado, implementando uma ampla nacionalização da economia, por intermédio da constituição de monopólios estatais, ensejando as conjunturas para a restauração da economia.

Politicamente, o resultado do paradigma positivista e liberal que se inflige na década de 1970, baseada nos estudos de Coase acende a indagação incisiva das políticas sociais geradas pelo Estado de Bem-Estar Social⁴²,

[...] de natureza intervencionista nas relações econômicas e de mercado, em nome da equalização das diferenças sociais e da inclusão de maiorias marginalizadas pelo modelo econômico vigente, radicalizando ainda mais a influência do liberalismo conservador preocupado com a proteção incondicional da propriedade privada, defendendo uma teoria do direito que se ocupasse em fazer com que o direito garantisse e facilitasse as chamadas escolhas livres e os contratos privados.⁴³

O “Estado de Bem-Estar Social”⁴⁴ é a teoria segundo a qual são atribuídos ao Estado o direito e o dever de proporcionar a toda população os benefícios sociais garantidores de um padrão básico de vida: como a concepção do salário mínimo, do seguro-desemprego, da redução da jornada de trabalho (que então superava 12 horas diárias) e a assistência médica gratuita.

⁴¹ BRUE, Stanley L. *História do pensamento econômico*. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 422.

⁴² Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer aduzem que Richard Allen Posner, pioneiro na *Law and Economics*, propõe que, por intermédio da lógica de eficiência, denominada de Eficiência Econômico-Social – PEES: “a riqueza, não sendo o único critério de escolha social, deve, no entanto, ser considerada, tanto quanto outros anseios sociais. Assim, socialmente, deve ser almejada a distributividade da riqueza e deve ser propiciada inclusão, dos desejos individuais de cunho não economicista, no cálculo econométrico de custo/benefício conforme utilização de metodologia adequada para a mensuração das variáveis; objetivando, por fim, a maximização do bem-estar das populações envolvidas. Desta forma, o processo de tomada de decisões deve prosseguir *ad infinitum* até que o equilíbrio econômico-social seja estabelecido não mais no campo da utopia. Este é o desiderato da humanidade consciente sob a ótica jurídico-econômica, qual seja, o bem-estar mundial, o desenvolvimento global dos povos e a manutenção da raça humana sob condições de vida fraternas e, no mínimo, suficientes, inclusive, segundo internacionalização dos mercados e do capital, gerando-se a equalização, no nível de emprego mundial, nas condições de vida dos povos, na realização de fins sociais, etc.”. In: GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea. Teoria Geral do Direito*. In: 11ª Conferência Internacional de Direito e Economia da ALACDE, 2007, Brasília, Brasil. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers (University of California, Berkeley)*, 2007.

⁴³ LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010. p. 25.

⁴⁴ O Estado de bem-estar social, denominado também de Estado-providência ou ainda em inglês como *Welfare State*, é a organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia.

Nesse cenário, a vida política, econômica e social é regulamentada pelo Estado em parceria com as empresas privadas e os sindicatos. Entretanto, é dever do Estado do Bem-Estar Social assegurar à população os serviços públicos e a proteção.

Wagner Balera e Ricardo Sayeg afirmam que são dois os regimes econômicos capitalistas clássicos:

- Capitalismo liberal: o regime capitalista compreende, a princípio, a coordenação da economia pelas forças naturais de mercado, configurando o chamado liberalismo econômico. Configurado pela economia capitalista de mercado, onde o Estado liberal, o Estado mínimo tem a menor intervenção possível na economia.

- Capitalismo de Estado: também se admite que tal coordenação, embora artificial, seja feita pelo Estado, inclusive, como agente econômico direto, e em nome próprio e por conta própria, vindo a estabelecer, nessas circunstâncias, o chamado dirigismo econômico.

Caracterizado pela economia capitalista de comando central, onde o Estado do bem-estar-social, o Estado coordenador da atividade econômica, tem atuação controladora, mas sem rejeitar a propriedade privada dos meios de produção e das instituições financeiras.⁴⁵

Lembra Rogério Gesta Leal que,

Na década de 1970, com a crise do petróleo e a manipulação de economias já em vias de globalização acentuada por ações especulativas de empresas transnacionais (sem compromissos com melhorias nas relações de trabalho e desenvolvimento social), a opção neoliberal de liberdade absoluta às iniciativas de crescimento econômico explode em profusão, gerando inclusive matrizes de gestão pública governamental muito mais focada no bem estar deste modelo de economia do que na situação de dignidade e mesmo sobrevivência das pessoas atingidas por ele.⁴⁶

Nesse ponto de vista, Wagner Balera e Ricardo Sayeg asseveram que o capitalismo, criado pelo homem, corrompeu-se em uma versão neoliberal, desumana e selvagem, sendo elevado, pelos países centrais da economia globalizada, ao *status* de política econômica.

Foi em 1989, no dito Consenso de Washington, que institucionalizou-se no Planeta o neoliberalismo, impondo desde então, na práxis universal, certa estruturação jurídica jusnatural que, blindada pelo mito da não-intervenção, tornou-se a um só tempo impermeável à positividade legislativa das ordens jurídicas nacionais e reconhecida por meio da positividade ao consagrar, em linhas gerais, o direito de propriedade privada e a livre iniciativa.⁴⁷

⁴⁵ BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo Hasson. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011. p. 153.

⁴⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010. p. 25.

⁴⁷ BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo Hasson. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011. p. 23.

Simonde de Sismondi, no mesmo sentido, como pioneiro de alguns pensamentos sustentados Marshall, Marx e Amartya Sen, aponta o capitalismo em função do “melhor valor”.

Para este autor, a economia política é baseada na observação, e seu verdadeiro objeto é o homem e seu bem-estar físico. Ele inaugura o que se chama posteriormente de economia social. Sustenta a diminuição do tempo de trabalho com salários constantes e considera que o preço baixo é prejudicial, uma vez que é obtida pelo sacrifício da saúde dos empregados.⁴⁸

Nos dias de hoje, o que se propõe, especialmente por intermédio da escola humanista de direito econômico, é a conciliação entre o aspecto econômico e os direitos humanos, objetivando atenuar as adversidades do capitalismo liberal, mas que não deve ser confundido com o intervencionismo indevido em uma seara que deve perdurar, preferivelmente, no setor privado e sob o domínio do mercado.

Verifica-se, assim, que a base do liberalismo econômico foi a teoria econômica – tornando-se o paradigma do Estado liberal – que asseverava que as leis do mercado seriam suficientes para possibilitar o desenvolvimento da atividade econômica.

Contudo, nota-se que desde o aparecimento da teoria liberal econômica a intervenção estatal na economia ultrapassou essa proposta, de modo que não haveria o desenvolvimento da atividade econômica sem o arcabouço jurídico que foi propiciado pelo Estado, tendo em vista que “[a] simples instituição do modelo do mercado já exigiria uma estrutura legal coercitiva mínima, a fim de assegurar a propriedade, a vida e o cumprimento dos contratos”⁴⁹.

Na segunda metade do século XX a relação entre o direito e a economia se intensifica, em virtude de que:

[...] o processo de exclusão social e da marginalização provocado pelo modelo de crescimento econômico, dissociado do desenvolvimento social que marca este momento do capitalismo, vai gerando uma série de mazelas sociais que precisam ser de alguma forma gerenciadas – mesmo que com paliativos governamentais.⁵⁰

⁴⁸ “Pour cet auteur, l'économie politique repose sur l'observation, et son véritable objet est l'homme et son bien-être physique. Il inaugure ainsi ce qui s'appellera par la suite l'économie sociale. Il soutient notamment la baisse du temps de travail avec des salaires constants et considère qu'un faible prix est dommageable lorsqu'il est obtenu par le sacrifice de la santé des ouvriers”. In: KOLACINSKI, David. *Analyse économique des droits de l'homme*. Rennes, France: Presses Universitaires de Rennes, 2003. p. 43.

⁴⁹ MACPHERSON apud COELHO, André Felipe Canuto. O Estado liberal: entre o liberalismo econômico e a necessidade de regulação jurídica. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 8, n. 15. Jan./Jun. 2006. p. 185.

⁵⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais*: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010. p. 44.

Ainda, o aprofundamento da crise do sistema financeiro mundial repercute sobre o investimento, a produção, o emprego, e, por conseguinte, no arrefecimento do nível de vida da população.

Diante da irrupção da crise, houve o abandono da crença liberal dos mercados “eficientes” ou “auto-regulados” e o Estado assumiu, com superior (Inglaterra) ou inferior (Estados Unidos)⁵¹ grau de acerto, a responsabilidade de intervenção nas instituições financeiras e pelo amparo da economia.

Uma intervenção vigorosa, como a que ocorreu em 2007 e 2008, seria impensável em 1929. Não se deve esquecer que o *conventional wisdom* nos anos 1920 era determinado pelas regras do padrão-ouro. [...] Os Estados Unidos retornaram ao padrão-ouro em 1919, a Alemanha em 1923, a Inglaterra em 1925, e a França, de fato, em 1926. Quando da eclosão da turbulência de 1929, Hoover em nenhum momento cogitou abandonar o padrão-ouro. Brüning (que comandou o gabinete alemão a partir de março de 1930) procurou combater a recessão com a deflação. A França, desde o *Franc Poincaré*, cultivou sua devoção ao ouro até setembro de 1936 e, da mesma forma, insistiu na tentativa vã de impor a deflação como remédio para a depressão. Mesmo após a desvalorização da libra em setembro de 1931, a Inglaterra, apesar de praticar uma política de *cheap money*, permaneceu circunscrita a uma política fiscal conservadora. Nem mesmo Roosevelt conseguiu se desvencilhar do dogma dos orçamentos equilibrados: em 1937, sua tentativa de “sanear” as finanças públicas redundou na “recessão na depressão” de 1938. Unicamente Hitler, desde 1933, praticou uma política deliberada de expansão dos gastos públicos. O outrora austero Hjalmar Schacht, que entre 1923 e 1930 foi o zeloso guardião da moeda alemã, garantiu sua recondução ao posto em 1933 apenas mediante o compromisso explícito, assumido com o Führer, de envolver diretamente o Reichbank no financiamento dos gastos do governo.⁵²⁵³

Quanto à crise de 1929, mesmo que o padrão-ouro lhe tenha sido determinante, é inegável que sucedeu da vulnerabilidade de regulação e pelo desmazelo na percepção dos riscos, que gerou uma febre especulativa de calamitosas consequências.

A crise atual representa, na verdade, uma derrota fragorosa do liberalismo irrefletido que contaminou os espíritos nos últimos trinta anos. A fé cega na capacidade de

⁵¹ Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer aduzem que: “Nos Estados Unidos da América, até os anos trinta, a intervenção estatal na ordem econômica - de mercado - era tida como extraordinária; após, especificamente depois de 1933, com a instalação do New Deal, o intervencionismo passou a ser a prática estatal e, em decorrência disso, surgiu movimento questionador dos valores sagrados do Direito norteamericano denominado Realismo Jurídico, que, por sua vez, fez abandonar o estreito caminho da jurisprudência não questionada, fonte de insegurança dos julgados.” In: GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea. Teoria Geral do Direito. In: 11ª Conferência Internacional de Direito e Economia da ALACDE, 2007, Brasília, Brasil. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers (University of California, Berkeley), 2007.*

⁵² MAZZUCHELLI, Frederico. A crise em perspectiva: 1929 e 2008. *Novos estudos - CEBRAP* [online], 2008, n.82. p. 59-60.

⁵³ Ressalte-se que, em termos internacionais, o padrão-ouro significou a adoção de um regime cambial fixo, onde cada país se comprometeu em fixar o valor de sua moeda em relação a uma quantidade específica de ouro, e a realizar políticas monetárias, de compra e venda de ouro, de modo a preservar tal paridade definida.

regulação dos mercados é um dogma que acompanha o capitalismo desde o seu nascimento.⁵⁴

Atualmente, na contramão da péssima experiência da Grande Depressão, constata-se que a intervenção do Estado é um artefato decisivo da política jurídico-econômica, especialmente na formulação de políticas sociais⁵⁵ compromissadas com o desenvolvimento humano⁵⁶.

A partir da segunda metade do século XX, a interação da economia com as demais ciências e a realidade social culminou na drástica mudança do pensamento anterior que consistia em afastar a influência do Estado, especialmente nos setores do Direito Comercial, do Direito Antitruste, do Direito da Regulação e do Direito Tributário.

É exatamente reconhecendo esta tendência antropofágica da economia de mercado hegemônica que a ciência jurídica começou a se ocupar em gerar mecanismos e instrumentos normativos que pudessem conter e mesmo reconfigurar os efeitos drásticos e desumanos causados por ela, basta ver, no plano normativo, o surgimento de legislações que operam com conceitos estratégicos de hipossuficiência para determinados sujeitos de direito (trabalhadores, consumidores); que visam coibir abusos contra a economia popular, dando tratamento rígido à usura, etc.⁵⁷

Constata-se, assim, ser dever do Estado, além de interventor na economia, de orientador de medidas que objetivem criar instrumentos e mecanismos normativos capazes de conter e mesmo reconfigurar os reflexos desumanos e maléficos advindos da própria economia.⁵⁸

⁵⁴ MAZZUCHELLI, Frederico. A crise em perspectiva: 1929 e 2008. *Novos estudos - CEBRAP* [online], 2008, n.82. p. 66.

⁵⁵ As políticas sociais podem ser definidas como ações que determinam o padrão de proteção social implementado pelo Estado, com o objetivo de redistribuir os benefícios sociais e diminuir, com isso, as desigualdades morfológicas advindas do desenvolvimento socioeconômico, uma vez que políticas públicas são as ações de responsabilidade estatal – quanto à implementação e manutenção, a partir de um processo de tomada de decisões que cinge órgãos públicos e diferentes organismos e agentes da sociedade. Deste modo, políticas públicas não podem ser resumidas a políticas estatais.

⁵⁶ “O conceito de desenvolvimento humano nasceu definido como um processo de ampliação das escolhas das pessoas para que elas tenham capacidades e oportunidades para serem aquilo que desejam ser. Diferentemente da perspectiva do crescimento econômico, que vê o bem-estar de uma sociedade apenas pelos recursos ou pela renda que ela pode gerar, a abordagem de desenvolvimento humano procura olhar diretamente para as pessoas, suas oportunidades e capacidades. A renda é importante, mas como um dos meios do desenvolvimento e não como seu fim. O conceito de Desenvolvimento Humano também parte do pressuposto de que para aferir o avanço na qualidade de vida de uma população é preciso ir além do viés puramente econômico e considerar outras características sociais, culturais e políticas que influenciam a qualidade da vida humana. Esse conceito é a base do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e do Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH), publicados anualmente pelo PNUD”. *In: PNUD. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/introducao.html>. Acesso em: ago. 2020.*

⁵⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010. p. 48.

⁵⁸ “Em termos jurídicos, pode-se associar a estas premissas a nefasta experiência de um pequeno conjunto de 16 (dezesseis) empresas que se encontram como requeridas em processos judiciais absolutamente recorrentes envolvendo os segmentos bancários (alienações fiduciárias, *leasing*, arrendamento mercantil), telefonia, administração de cartões de crédito e serviços públicos, representando cerca de 45% do total de feitos ajuizados

A economia liberal tem como postura evidente o “uso de categorias e conhecimentos fechados e incomunicáveis, desconsiderando que todo o conhecimento humano está conectado e é oriundo da vida humana no seu evolver/ação”⁵⁹.

Neste cenário,

todas as análises referentes a arranjos sociais devem, em último grau, estarem edificadas sobre a apreciação da conduta dos indivíduos, resultando daqui que os fenômenos coletivos devem ser explicados apenas como o resultado agregado de escolhas individuais. [...] portanto, os efeitos de determinada norma sobre o bem-estar coletivo podem e devem ser apreciados sob a perspectiva da soma das respostas individuais a tais normas.⁶⁰

Compete, deste modo, às ciências econômicas e jurídicas entrever caminhos de integrar-se com o universo em que operam, sob pena de aprofundar os níveis de ineficácia e estranhamento sociais já presentes. Neste panorama, é imperioso que haja o aminguamento das imprecisões e inseguranças no campo de atuação das relações econômicas, jurídicas e suas implicações, com o propósito de que medidas mais acuradas sejam tomadas com vistas “a garantir expectativas, segurança, certeza e previsibilidade de temas que envolvem a vida [digna] da pessoa humana”⁶¹.

2.4 Ordem econômica enquanto patrimônio público e o Estado enquanto garantidor da ordem econômica.

O termo “patrimônio”, do latim *patrimonium* – que significa haveres, posses, bens –, tem designação advinda de *pater*, denotando os bens herdados pelo pai ou que pertencem à família.

Niyama alude que o patrimônio é pertinente à paternidade de uma entidade. De acordo com a tradição romana, essa noção estava vinculada à expressão *res* (coisa),⁶² com conotação eminentemente privatística, por dizer respeito ao conjunto de bens que pertenciam a um

nos juizados especiais do Rio de Janeiro, entre 2002 e 2004. Na base destes comportamentos temerários, encontra-se o cálculo/escolha racional destas empresas que apostam em estratégias protelatórias para cumprir com suas obrigações, eis que concluíram serem os custos impostos pelo sistema de justiça mais vantajosos do que alterarem toda uma política de tratamento do consumidor, pois dos milhões de clientes que possuem, apenas pequena parcela recorre ao Poder Judiciário para reclamar seus direitos; quando reclamam, o tempo do processo e da resposta final é igualmente benéfica para seus interesses de lucro.” In: LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010. p. 55.

⁵⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010. p. 53.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 54.

⁶¹ *Ibidem*, p. 64.

⁶² NIYAMA, Jorge Katsumi e César Augusto T. Silva. *Teoria da contabilidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 190.

determinado sujeito ou família. Posteriormente, o vocábulo foi expandido com o objetivo de individualizar os bens privados dos bens públicos, sendo constituída a expressão *res publica* ou patrimônio público.

O dicionário jurídico De Plácido e Silva assegura que o termo “pública ou público” significa algo que pertence a todos ou à coletividade, sendo o oposto de particular ou privado. Ainda, o dicionário define a *res publica* como a coisa de uso público comum compreendendo os bens públicos, bens do Estado ou bens de uso coletivo. No que se refere ao conceito de patrimônio público, este é “representado pelo conjunto de bens que pertencem ao domínio do Estado, e que se institui para atender a seus próprios objetivos ou para servir à produção de utilidades indispensáveis às necessidades coletivas”.⁶³

O dicionário de Orçamento, Planejamento e Áreas Afins também contempla significados relevantes para “patrimônio” e “patrimônio público”:

PATRIMÔNIO: conjunto de bens (móveis e imóveis), disponibilidades e direitos pertencentes, com caráter de exclusividade, a uma pessoa física ou jurídica. No âmbito do setor público não devem ser computados como parte do patrimônio de suas entidades os bens públicos que são de uso coletivo – tais como as ruas, as estradas, pontes e as praças – não obstante esses envolvam dispêndios de recursos públicos para a sua construção, requeiram gastos com a sua manutenção e possuam valoração econômica (por exemplo pontes e rodovias sujeitas ao pedágio).

PATRIMÔNIO PÚBLICO: expressão que designa os bens de natureza patrimonial vinculados aos órgãos e instituições dos poderes públicos – prédios, veículos, máquinas, equipamentos, aparelhos, materiais, direitos, disponibilidades, etc – somados aos bens públicos de uso coletivo – estradas, ruas, pontes, praças, sistemas (água, esgoto, energia, telefonia), etc. – que no seu conjunto são colocados à disposição da sociedade ou a seu serviço. Essa expressão não deve ser confundida com o “patrimônio” de órgãos públicos, de abrangência mais restrita e de sentido peculiar nos balanços e demonstrações de resultados exigidos pelas normas legais.⁶⁴

Importante ressaltar que tais conceitos vêm sendo rediscutidos pelos estudiosos e formuladores de políticas contábeis. Destaca-se, também, uma aproximação entre as concepções de patrimônio público e de patrimônio de entes governamentais.

Em conformidade com o disposto na Resolução Conselho Federal de Contabilidade nº 1.129, de 21 de novembro de 2008, patrimônio público se perfaz como o conjunto de direitos e bens, tangíveis ou intangíveis, onerados ou não, adquiridos, formados, produzidos, recebidos, mantidos ou utilizados pelas entidades do setor público, que seja portador ou represente um

⁶³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26ª ed. Rio de Janeiro, 2005. p. 1015, 1132, 212, 207 e 218.

⁶⁴ SANCHES, Osvaldo Maldonado. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. Brasília: Primas/OMS, 2004. p. 51 e 255.

fluxo de benefícios, presente ou futuro, inerente à prestação de serviços públicos ou à exploração econômica por entidades do setor público e suas obrigações.⁶⁵

Hely Lopes Meirelles leciona que, no âmbito jurídico, o patrimônio público é constituído por bens de toda espécie e natureza que tenham interesse para a Administração Pública e para a comunidade administrada.⁶⁶

Outros autores também apresentam definições de patrimônio público, como por exemplo Fernando Rodrigues Martins, que após acurada apreciação civil e constitucional da acepção de patrimônio, bem como da conceituação normativa emanada do §1º do art. 1º da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de julho de 1965), em conjunto com o art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 junho de 1992), ensina:

[...] patrimônio público é o conjunto de bens, dinheiro, valores, direitos (inclusive morais) e créditos pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), através da administração direta ou indireta e fundacional, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando não só os administradores, como também os administrados, vinculados à sua proteção e defesa. Tais elementos, mesmo sob a posse de particular, nunca perderão a qualidade de origem: o ente público. Sempre lembrando que os bens públicos podem ter, ainda, natureza artística, histórica, estética e turística.⁶⁷

Deste modo, sendo o patrimônio público um conjunto de bens, de interesse público e difuso, de administrados e administrados, inegável é o pertencimento da ordem econômica ao rol desses bens.

Ao longo dos anos os bens jurídicos resguardados pelo ordenamento jurídico pátrio têm adquirido novos contornos. Anteriormente, a tutela jurídica recaía preponderantemente sobre os bens materiais, específicos, precisos, como a integridade física, a vida, o patrimônio, entre outros, que, embora individuais, não são, necessariamente, de livre disposição de seu titular. Hodiernamente, a tutela jurídica tem alcançado bens como a ordem econômica, o meio ambiente, as relações de consumo, etc. Esse fenômeno recebeu a denominação de desmaterialização, espiritualização ou dinamização do bem jurídico⁶⁸, considerando que a proteção jurídica passa a incidir em bens difusos, coletivos, e não mais somente naqueles

⁶⁵ Resolução do Conselho Federal de Contabilidade - CFC nº 1.129, de 21.11.2008. Disponível em: [⁶⁶ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28ª ed. atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 576.](http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucao/cfc/1129_2008.htm#:~:text=Patrim%C3%B4nio%20P%C3%ABlico%20C3%A9%20o%20conjunto,de%20servi%C3%A7os%20p%C3%ABlicos%20ou%20C3%A0. Acesso em: set. 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁶⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. Comentários à lei de improbidade administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 156.

⁶⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 107.

titularizados especificamente por uma pessoa. No entanto, isso não significa dizer que a proteção a esses bens transindividuais tem predomínio sobre os demais bens jurídicos a serem resguardados.

O artigo 219 da Constituição Federal, não deixa dúvidas sobre qual é o legítimo titular do mercado interno, qual seja a coletividade, em razão de ser ele parte integrante do patrimônio nacional: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio- econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal”⁶⁹.

Deste modo, é de se considerar que, sendo o mercado e a ordem econômica pertencentes ao patrimônio público, a delinquência econômica gera danos à sociedade como um todo, ofendendo a coletividade e não apenas os indivíduos isoladamente considerados, na medida em que nesta modalidade a inserção do homem é mais vasta, abarcando todos os quadrantes da vida dos cidadãos.⁷⁰ Reconhecidamente, a ordem econômica é bem jurídico a ser protegido, considerando ser esta o meio para a efetivação dos escopos sociais de um determinado Estado e não enquanto bem passível de titularização e apropriação particular por parte de cada integrante de uma dada sociedade em um certo momento histórico.

Buscando proteger a ordem econômica, proliferaram nas últimas décadas normas de direito penal econômico, a título de exemplo: Lei nº 5.741, de 1 de dezembro de 1971 (Esbulho Possessório de Imóvel Financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação), Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977 (Exploração e Utilização de Energia Nuclear), Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (Parcelamento Irregular do Solo Urbano), Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987 (Proteção Intelectual de Programas de Computador), Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Defesa do Consumidor) e a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (Seguridade Social).⁷¹

Conforme Nelson Nazar,

A ordem constitucional econômica, do sentido geral para o particular, vai ensejar na legislação infraconstitucional o conhecimento de diversas leis: Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 8.137/1990 (Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica, e Contra as Relações de Consumo), Lei nº 8.176/1991 (Crimes contra a Ordem Econômica), e, em especial, Lei nº 8.884/1994 (Infrações à Ordem Econômica e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE).⁷²

⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁷⁰ JUPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 14.

⁷¹ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O Controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 116.

⁷² NAZAR, Nelson. *Direito econômico*, Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2004. p. 42.

Renato Silveira, no mesmo entendimento, explicita que:

Quanto às Leis extravagantes, são de mencionar, em termos penais, a Lei 7.492/86, que define os Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, a Lei 8.137/90, a qual estabelece Crime Contra a Ordem Tributária e contra as Relações de Consumo, a Lei 8.176/91, em que são previstos Crimes Contra a Ordem Econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis, bem como a Lei 9.613/98, que dispõe sobre os Crimes de ‘Lavagem’ ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores e a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para fins ilícitos, além de dar outras providências.⁷³

Nesta senda, cabe ao Estado garantir a ordem econômica vigente. Para tanto, deve o poder público preservar e promover os princípios de funcionamento (constantes dos incisos I a VI do art. 170 da Constituição Federal) e implementar programas para a realização dos princípios-fins (disciplinados nos incisos VII a IX do art. 170 c/c art. 3º, todos da Constituição Federal). O papel do Estado variará na efetivação de cada um deles: os princípios de funcionamento são direcionados primordialmente às atividades do setor privado, e os princípios-fins definem a política econômica estatal.

Em relação aos princípios de funcionamento da ordem econômica, deve o Estado fiscalizar o seu regular atendimento pela iniciativa privada. Objetivando a boa atuação dessa atribuição, deverá, por exemplo, editar normas reprimindo abusos contra o consumidor, inibindo danos à natureza ou sancionando condutas anticoncorrenciais. Ao delinear esta regulamentação, deverá o Estado, por certo, pautar-se pelos ditames constitucionais, tendo como vetor interpretativo os fundamentos do Estado e da ordem econômica: livre iniciativa e valorização do trabalho.

Sem dúvida, é inevitável e natural que alguns princípios setoriais possam autorizar a confecção de normas que interfiram na livre-iniciativa. No entanto, esses princípios não possuem força jurídica para legitimar atos que suprimam ou vulnerem a livre iniciativa no seu núcleo essencial. Sobre o tema, Tércio Sampaio Ferraz Jr. compendiou a atribuição do Estado na salvaguarda e promoção dos princípios de funcionamento da ordem econômica:

Em consequência, deve-se dizer, portanto, que o sentido do papel do Estado como agente normativo e regulador está delimitado, negativamente, pela livre iniciativa, que não pode ser suprimida. O Estado, ao agir, tem o dever de omitir a sua supressão. Positivamente, os limites das funções de fiscalização, estímulo e planejamento estão nos princípios da ordem, que são a sua condição de possibilidade. O primeiro deles é a soberania nacional. Nada fora do pacto constituinte. Nenhuma vontade pode se impor de fora do pacto constitucional, nem mesmo em nome de alguma racionalidade da eficiência, externa e tirânica. O segundo é a propriedade privada, condição inerente

⁷³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 144.

à livre iniciativa. O terceiro é a função social da propriedade, que tem a ver com a valorização do trabalho humano e confere o conteúdo positivo da liberdade de iniciativa. O quarto é a livre concorrência: a livre iniciativa é para todos, sem exclusões e discriminações. O quinto é a defesa do consumidor, devendo-se velar para que a produção esteja a serviço do consumo, e não este a serviço daquela. O sexto é a defesa do meio ambiente, entendendo-se que uma natureza sadia é um limite à atividade e também sua condição de exercício. [...] Esses nove princípios não se contrapõem aos fundamentos da ordem, mas dão-lhes seu espaço relativo. Cumpre ao Estado assegurar os fundamentos, a partir dos princípios. Não se pode, por isso, em nome de qualquer deles eliminar a livre iniciativa nem desvalorizar o trabalho humano. Fiscalizar, estimular, planejar, portanto, são funções a serviço dos fundamentos da ordem, conforme seus princípios. Jamais devem ser entendidos como funções que, supostamente em nome dos princípios, destruam seus fundamentos.⁷⁴

Outrossim, é de competência do Estado a implementação dos princípios-fins elencados no art. 170 da Constituição Federal, objetivando assegurar a todos existência digna, nos ditames da justiça social. Na execução de tal mister, é de sua atribuição, por exemplo, implantar programas que promovam a redução das desigualdades ou visem o pleno emprego. Concomitantemente, é obrigação do Estado, como agente da ordem econômica, instituir mecanismos que incentivem a iniciativa privada a auxiliar na consecução desses mesmos intentos.

É próprio da função do Estado buscar influir legitimamente nos comportamentos dos agentes econômicos, por intermédio de instrumentos de fomento – financiamentos públicos, incentivos fiscais, redução de alíquotas de tributos –, sem que possa, entretanto, constranger a iniciativa privada à adesão. Com efeito, em conformidade com o art. 174 da Constituição Federal, o Estado exercerá funções de incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, como já dito alhures. Sobre o assunto, assim se manifestaram, respectivamente, Celso Antônio Bandeira de Mello e Marcos Juruena Villela Souto:

[...] com o advento da Constituição de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico - feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles - pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado com todas as letras, no art. 174. [...] Em suma: a dicção categórica do artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada.⁷⁵

⁷⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Congelamento de preços - tabelamentos oficiais (parecer). In: *Revista de Direito Público* n° 91, 1989. p. 77/78.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Liberdade de iniciativa. Intromissão estatal indevida no domínio econômico. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* n° 1, 1999. p. 178/179.

Se o planejamento é determinante para o setor público, por força do princípio da livre iniciativa, é apenas indicativo para o setor privado; quer dizer, o planejamento da economia não obriga a empresa privada a atuar em áreas consideradas estratégicas, mas apenas a incentiva (sanções positivas) a colaborar com o desenvolvimento que vai proporcionar o bem-estar geral (surtem benefícios fiscais, subsídios, empréstimos facilitados etc.).⁷⁶

Em outros termos, não se pode transferir aos particulares, de forma cogente, o dever de efetivar os princípios-fins de responsabilidade do Estado, sem prejuízo dos princípios fundamentais da ordem econômica que são consagrados pela Constituição Federal. Ressalte-se que, a concretização dos objetivos privados não é incompatível com a função social da empresa e de alguns de seus deveres de solidariedade, mas não abrange o de suceder-se ao poder público. O papel da iniciativa privada na ordem econômica é distinto daquele exercido pelo Estado.

⁷⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Constituição econômica*. In: *Caderno de Direito Tributário* nº 4, 1993. p. 232.

3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE GARANTIDO PELA ORDEM ECONÔMICA

Os direitos fundamentais têm como núcleo a dignidade da pessoa humana, que se traduz na ideia que, dentre todos os valores consolidados no decorrer da civilização, o homem é o valor supremo, o ponto de conversão de toda e qualquer atividade realizada nas mais diversas vertentes ao seu redor⁷⁷.

Essa superioridade do homem em relação às demais coisas reside tanto na identidade que os indivíduos fazem de si quanto na consciência de igualdade recíproca que os permeiam, sabedores que são de serem constituídos da mesma essência. Distinções quanto a seus fatores estruturais seriam, portanto, inaceitáveis.

A parte dessa premissa, a igualdade se impõe, seja ela por vezes fundamentada em postulados teológicos, em princípios filosóficos ou ainda em posicionamentos jurídico-políticos.

A tentativa de se resguardar esse valor superior, materializado no homem e em sua dignidade, refletiu na construção paulatina dos direitos fundamentais, que vem a ser a combinação de esforços, nas diversas áreas culturais, de meios garantidores de proteção ao indivíduo.

Por essa razão, muitos aduzem se encontrar nos ensinamentos religiosos a inspiração para a concepção desses direitos, especialmente nas pregações cristãs de fraternidade e igualdade⁷⁸. Neste ponto, o cristianismo primitivo, que aloca o homem como imagem e semelhança divina, traduzia a ideia de que essa constituição humana seria corolário para a igualdade entre os sujeitos, pertencente a todos, sem distinção.

⁷⁷ “Nesse contexto, verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir desse dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais da pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são possíveis conforme já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009).

⁷⁸ “Este livro procura mostrar como se foram criando e estendendo, progressivamente, a todos os povos da Terra, as instituições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria. Tudo gira, assim, em torno do homem e de sua eminente posição no mundo. Mas em que consiste, afinal, a dignidade humana? A resposta a essa indagação fundamental foi dada, sucessivamente, no campo da religião, da filosofia e da ciência. A justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta. A grande contribuição do povo da Bíblia à humanidade, uma das maiores, aliás, de toda história, foi a ideia da criação do mundo por um Deus único e transcendente”. (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003).

Daí decorre a transcendência que os adeptos deste pensamento atribuem aos direitos fundamentais. Noutra seara, por serem os homens iguais entre si, assim também o devem ser no cenário político, onde a convivência em sociedade deve estar pautada em mecanismos jurídicos que garantam sua justiça.

Contudo, a origem dos direitos fundamentais não é matéria pacificada entre os estudiosos que se debruçam sobre o tema.

Posições contrárias ao cristianismo como gênese dos direitos fundamentais são muitas, algumas pautadas na ideia de que o cristianismo se desenvolveu em diferentes fases, com entendimentos também distintos sobre seus preceitos, outras baseadas na crença de que as diretrizes do cristianismo não se prestavam à mobilização contra a desigualdade, mas, antes, induziam ao conformismo letárgico proporcionada pela fé⁷⁹.

Muitos são os que militam em posição diversa, entendendo que, já em eras remotas, diversos livres-pensadores vislumbravam no homem o eixo substancial, e, por essa condição natural, o desenvolvimento de sistemas sociais para a sua proteção teria sido presumível, independentemente de quaisquer outros fatores, inclusive religiosos.

Nesse contexto, desde os tempos idos floresceu no pensamento filosófico a acepção de igualdade, próxima daquela que surgiria posteriormente à secularização:

[...] a antiguidade clássica não se quedou à completa cegueira sobre os direitos fundamentais. O pensamento sofisticado, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade natural e da ideia de humanidade. ‘Por natureza são todos iguais, quer sejam bárbaros ou helenos’, defenderá o sofista Antifon; ‘Deus criou todos os homens livres, a nenhuma fez escravos’, proclamou Alcidas. No pensamento estoico, assume o princípio da igualdade um lugar proeminente: a igualdade radica no fato de todos os homens se encontrarem sob um *nomos* unitário, que os converte em cidadãos do grande Estado universal.⁸⁰

A partir da modernidade renascentista, diante da premente necessidade de tratamento democrático e igualitário, sentida na luta entabulada contra as diferentes formas de tirania,

⁷⁹ “As condições subjetivas ou ideais, ou lógicas consistiram precisamente nas fontes de inspiração filosófica anotadas pela doutrina francesa: (1) o pensamento cristão, como fonte remota, porque, na verdade, a interpretação do cristianismo que vigorava no século XVIII era favorável ao status quo vigente, uma vez que o clero, especialmente o alto clero, apoiava a monarquia absoluta, e até oferecia a ideologia que a sustentava com a tese da origem divina do poder; o pensamento cristão vigente, portanto, não favorecia o surgimento de uma declaração de direitos do homem; o cristianismo primitivo, sim, continha uma mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da dignidade eminente da pessoa humana, porque o homem é uma criatura formada à imagem de Deus, e esta dignidade pertence a todos os homens sem distinção, o que indica uma igualdade fundamental de natureza entre eles; há no entanto quem diga que o cristianismo não supôs uma mensagem de liberdade, mas, especialmente, uma mensagem conformista do fato da escravidão humana;” (SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005).

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Almedina: Coimbra, 2008. p. 269.

surgem concepções e valores fundamentados na razão, que laboraram no sentido de inculcar na consciência coletiva a tutela das liberdades e da igualdade, por intermédio de direitos edificados para esse fim⁸¹.

A sobrepujar esse entendimento, pois o nascimento dos direitos fundamentais não ficaria vinculado, preponderantemente, à religião, seriam eles fruto do iluminismo, período em que a produção de novas concepções teriam alteado a dignidade humana a um elevado grau, o que acarretou direitos para sua proteção.

3.1 Os direitos sociais, o mínimo existencial e a realidade brasileira

Assentada a ideia de direitos fundamentais, ainda hoje é notória a gama de alcunhas que lhe são atribuídas: direitos humanos, direitos do homem, direitos morais, liberdades públicas, entre outros.

Nesse universo, há ao menos um consenso, qual seja a distinção acertada entre direitos fundamentais e direitos humanos, estando os primeiros assentados em diretivas internas, especificamente no âmbito constitucional, enquanto os últimos se referem aos direitos positivados em normativas internacionais.⁸²

A doutrina majoritária opta pela expressão direitos fundamentais em detrimento de direitos do homem ou direitos subjetivos públicos, por considerar ser expressão mais cristalina, de sentido menos equívoco:

[...] o termo direitos fundamentais afigura-se como o único apto a exprimir a realidade jurídica precitada, pois que, cogitando-se de direitos, alude-se a posições subjetivas de indivíduos, reconhecidas em determinado sistema jurídico e, desta feita, passíveis de reivindicação judicial. O adjetivo fundamental traduz, por outro ponto, a inerência desses direitos à condição humana, exteriorizando, por conseguinte, o acúmulo evolutivo dos níveis de alforria do ser humano. Não é ocioso registrar, à guisa de

⁸¹ “Impulsionada principalmente pelo humanismo e pela Reforma, uma nova mentalidade cristalizará em uma nova cultura, com perspectivas que emprestavam apoio ao nascimento do conceito de direitos fundamentais. O humanismo e a Reforma foram dois movimentos que se influenciaram reciprocamente; o primeiro estará presente em amplos setores da Reforma, e esta marcará também o humanismo e seus herdeiros nos séculos XVII e XVIII. Os humanistas e a Reforma representam o moderno frente ao que se tornou o antimoderno, em grande parte até o século XX, a Igreja Católica e o pensamento reacionário, negadores dos direitos fundamentais”. (MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Lecciones de derechos fundamentales*. Espanha: Ed. Dykinson – Tradução livre do espanhol).

⁸² DIEZ-PICASO, Luiz Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. Ed. Thomson-Civitas. No mesmo sentido: LUÑO, Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho e constitución*. Ed. Tecnos; TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011; SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

arremate, que o termo também se mostra conveniente por razões de ordem prática: foi adotado pelo nosso direito constitucional positivo.⁸³

Os denominados direitos fundamentais de primeira dimensão, constituídos por direitos à prestações estatais negativas, como o direito à liberdade de expressão, por exemplo, surgiram com as revoluções burguesas e o advento do constitucionalismo liberal, cujo escopo foi edificar o Estado de Direito, onde a lei limita o poder.

Esses direitos são fundamentados no valor da liberdade, tendo em vista que sua finalidade principal é delinear um campo de livre atuação dos indivíduos, onde se comportarão de acordo com sua consciência e não em conformidade com a vontade estatal.

Entretanto, apesar de representarem grande avanço civilizatório, os direitos de primeira dimensão não se mostraram satisfatórios para contemplar as demandas sociais por incremento na qualidade de vida da população.

A partir de então, começou-se a defender que o ideal de liberdade burguesa, pautado na premissa de que todos os homens sejam educados e tenham patrimônio mínimo, não se ajustava à realidade.

Nasce o constitucionalismo social, baseado na igualdade material e com foco no plano econômico. Tal constitucionalismo vem retomar o vetusto conceito aristotélico de igualdade: os iguais devem ser tratados de forma igual, e os desiguais, de modo desigual, na medida de suas desigualdades. Nas palavras de Norberto Bobbio:

De uma maneira geral, adotou-se a distinção aristotélica entre Justiça distributiva e Justiça reparadora. A primeira é ‘aquela que se exterioriza na distribuição de honras, de bens materiais ou de qualquer outra coisa divisível entre os que participam do sistema político’ (Ética, 1.930b), enquanto que a segunda está mais especificamente ligada a situações em que uma pessoa, ao receber uma ofensa de outra pessoa, pede a conseqüente reparação.⁸⁴

Sobrem uma nova dimensão de direitos, os denominados direitos de segunda geração ou direitos sociais, que tem por finalidade possibilitar aos sujeitos a satisfação de suas necessidades elementares, por intermédio do Estado, para que vivam de forma digna.

Segundo narram Weis e Herkenhoff, respectivamente:

Os direitos sociais surgiram em função da desumana situação em que vivia a

⁸³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Verbatim, 2018. Com o mesmo raciocínio: SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Ed. da UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, v. 1, 2004. p. 662.

população pobre das cidades industrializadas da Europa Ocidental, em resposta ao tratamento oferecido pelo capitalismo industrial e diante da inércia própria do Estado liberal, em meados do século XIX.⁸⁵

A afirmação dos ‘direitos sociais’ derivou da constatação da fragilidade dos direitos liberais, quando o homem, a favor do qual se proclamam liberdades, não satisfaz ainda necessidades primárias: alimentar-se, vestir-se, morar, ter condições de saúde, ter segurança diante da doença, da velhice, do desemprego e dos outros percalços da vida.⁸⁶

O direito à saúde, moradia, educação, assistência e previdência social, entre outros, são exemplos de direitos sociais. Tais direitos, apesar de serem, via de regra, prestacionais, ou seja, direitos a prestações estatais positivas, em que se exige do Estado uma obrigação, e não somente uma abstenção, apresentam também uma vertente procedimental, de modo que para sua exclusão é necessário a observância do devido processo legal.

A efetividade dos direitos sociais, e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana, tem íntima relação com o que se convencionou chamar de *mínimo existencial*, utilizado como referência para a verificação de um padrão mínimo de direitos sociais a ser reconhecido pelo Estado.⁸⁷

Barcelos afirma que o mínimo existencial representaria “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”⁸⁸. A autora ainda assevera que o mínimo existencial constitui o núcleo irredutível do princípio da dignidade da pessoa humana, que inclui o mínimo de quatro elementos de natureza prestacional, quais sejam a saúde básica, a assistência aos desamparados, a educação fundamental e o acesso à justiça.⁸⁹

Conforme a definição de Florenzano, o artigo 7º, IV, da Constituição Federal, que prevê um salário mínimo “capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”⁹⁰, corresponde ao mínimo existencial a que faz jus todo ser humano.

O padrão mínimo social para a sobrevivência do indivíduo incluirá, segundo Krell, “o atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à

⁸⁵ WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 39.

⁸⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Gênese dos direitos humanos*. 2. ed. Aparecida: Santuário, 2002. p. 51-52.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 43.

⁸⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 346.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 258.

⁹⁰ FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar., 2005. p. 247.

educação de primeiro grau e à garantia de uma moradia [...]”⁹¹.

Entendem Sarlet e Figueiredo que não se confundem o mínimo existencial e o mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, isto porque a sobrevivência física do sujeito não significa, necessariamente, na sua qualidade de vida em condições dignas. Salientam, ainda, não ser possível elencar taxativamente os elementos nucleares do mínimo existencial, sendo imprescindível analisar as necessidades de cada indivíduo e seu grupo familiar. Contudo, afirmam ser viável especificar um rol de conquistas já consolidadas, que serviriam de orientação ao intérprete e aos órgãos vinculados à efetivação do mínimo existencial.⁹²

Clève afirma que o objetivo dos direitos sociais não é possibilitar ao ser humano apenas o mínimo:

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade).⁹³

Por sua vez, Torres faz a aproximação da definição de mínimo existencial do próprio conceito de pobreza:

[...] há que se distinguir entre pobreza absoluta, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias.⁹⁴

É de se considerar que os autores defensores do mínimo existencial sempre aludem ao Tribunal Constitucional Federal alemão (em alemão: *Bundesverfassungsgericht* ou *BverfG*) que, em diversas decisões garantiu o direito ao mínimo existencial, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do Estado Social. De acordo com tais decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, é dever do Estado a prestação de serviços sociais essenciais, garantindo assim o direito à vida e à integridade física da população,

⁹¹ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 22.

⁹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 54, 2006. p. 38.

⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Volume V – O orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 126.

de forma digna.⁹⁵

Entretanto, é de convir que a própria importação do conceito de mínimo existencial poderia ser questionada, na medida em que se trata de uma construção doutrinária e jurisprudencial da Alemanha, país cuja constituição, a Lei Fundamental de Bonn, datada de 1949, não prevê, expressamente, os direitos sociais. Ou seja, um documento normativo diverso, tanto em termos de estrutura e alcance quanto de dimensão histórico-social, da Constituição Federal brasileira de 1988.⁹⁶

Certo é que, a notabilidade da conceituação do mínimo existencial reside nas circunstâncias em que a efetivação dos direitos sociais vai de encontro à denominada reserva do possível, ou seja, na alegação, por parte do Estado, de falta de recursos financeiros.

A aceção de reserva do possível será apresentada com maior profundidade mais adiante, mas a celeuma que se ergue é qual seria a sua abrangência e que direitos estariam nela inclusos uma vez que se conceba o mínimo existencial como núcleo intocável do direito social que, conseqüentemente, não pode fenecer ao argumento da reserva do possível.

No ordenamento jurídico brasileiro temos que a concepção de complementariedade entre as dimensões de direito foi claramente utilizada pelo Constituinte de 1988, podendo a CRFB/1988 ser classificada como de natureza compromissória. Tal natureza decorre do período histórico em que a Constituição Federal foi criada.

Em relação aos direitos de primeira dimensão, a Constituição Federal de 1988 representou um importante marco na redemocratização do país. No que se refere aos direitos de segunda dimensão, sua previsão encontra fundamento nos alarmantes níveis de desigualdade social existentes.

Sarlet leciona que:

A Constituição de 1988 – e isto pode ser tido como mais um de seus méritos – acolheu os direitos fundamentais sociais expressamente no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), concedendo-lhes capítulo próprio e reconhecendo de forma inequívoca o seu “status” de autênticos direitos fundamentais, afastando-se, portanto, da tradição anterior do nosso constitucionalismo, que, desde a Constituição de 1934, costumava abrigar estes direitos (ao menos parte dos mesmos), no título da ordem econômica e social, imprimindo-lhes reduzida eficácia e efetividade, ainda mais

⁹⁵ Vide especialmente ALEXY, Robert. *Theori der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 388 e 397-398 e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 339-342.

⁹⁶ Entre outros, vide: KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 45-49 e BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15-16.

porquanto eminentemente consagrados sob a forma de normas de cunho programático.⁹⁷

A par da extensa gama de direitos fundamentais previstos constitucionalmente, ressalte-se que quanto a sua eficácia, o constituinte originário implementou um reforçado regime jurídico.

A intitulada cláusula material aberta, por exemplo, está prevista no art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, dispondo que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte”⁹⁸.

Os direitos e garantias individuais possuem também *status* de cláusulas pétreas, previstas no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da CRFB/1988.

Todavia, apesar da existência de regime jurídico reforçado objetivando a garantia eficaz dos direitos fundamentais, em um primeiro momento, que durou até o final da década de 90, preponderou o pensamento de que as regras constitucionais de direitos sociais se constituíam em normas não aplicáveis, programáticas portanto, significando que era dever do Estado apenas a consecução de prestações previstas em lei reguladora de norma constitucional. O que significava dizer que, na prática, vigorava a reserva do possível jurídica.

Segundo Leal, esse fato se deu em razão da amplitude concedida aos direitos fundamentais:

A falta de rigor teórico que possibilitou a constitucionalização de tais reivindicações sociais sob a forma de direitos fundamentais acabou por admitir a invenção de novos direitos a partir de novos reclamos da sociedade sem haver um mínimo de preocupação a respeito da sua qualidade como direito e, sobretudo, como direito fundamental. Tem-se a impressão de que a proliferação de novos direitos é apenas uma sequência de um processo de positivação de reivindicações sociais que se iniciou com os chamados direitos sociais. Desse modo, vêm surgindo novos direitos rotulados de fundamentais que, a exemplo dos direitos econômicos e sociais, constituem anseios populares sem a menor condição de serem normatizados como direitos.⁹⁹

Naquele período, a pretensão à prestação estatal de um direito social somente alcançaria resultado positivo caso houvesse previsão orçamentária específica para tal, não obtendo êxito

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001. p. 17. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: set. 2020.

⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁹⁹ LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 157/158.

as tutelas pleiteadas com base diretamente no texto constitucional.

Esse entendimento jurisdicional perdurou até o começo dos anos 2000, quando sobrevieram decisões judiciais que impuseram o fornecimento de medicamentos, pelo Estado, fundamentadas na própria Constituição Federal, a exemplo do Recurso Extraordinário nº 271286, do Rio Grande do Sul, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2 de agosto de 2000 – Relator Ministro Celso de Mello:

AIDS/HIV. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART. 196). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – [...] O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República. (...) O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.¹⁰⁰

A partir de então, tutelas individuais de direitos sociais passaram a ser concedidas com fundamento decorrente diretamente da Constituição Federal:

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.¹⁰¹

Atualmente, prevalece no ordenamento jurídico brasileiro o posicionamento no sentido de que os direitos sociais tem natureza subjetiva *prima facie*, significando dizer que podem apresentar razões que podem ser superadas por considerações contrárias. Ademais, tais direitos

¹⁰⁰ RE 271286/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 2.08.2000.

¹⁰¹ RE 393175/RS, Relator Ministro Celso de Mello - 2ª Turma -, julgado em 12.12.2006.

devem ser protegidos tanto na esfera individual quanto coletiva.

Desta maneira, somente existirá um direito social definitivo caso, à luz do princípio da proporcionalidade, essa norma preponderar sobre as demais.

3.2 Ordem constitucional econômica como garantidora da existência digna prevista no art. 170 da Constituição Federal.

A ordem econômica constitucional foi instituída pelo constituinte originário como orientadora da geração de riquezas, por intermédio da criação e circulação de serviços e produtos, associada à proteção da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país, previstos no art. 170, incisos III, V, VI, VII e IX, respectivamente, da Constituição Federal de 1988, cujo objetivo específico é a proteção da dignidade da pessoa humana, direito fundamental e princípio estruturante no enalço dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º da Constituição Federal.

Maurício Mota, ao tratar da dignidade da pessoa humana afirma que:

Partindo da premissa de que todos os seres humanos detêm uma valia idêntica perante a lei, todos os indivíduos guardam *dignidade própria* que determina, necessariamente, que sejam dadas a eles todas as condições materiais e imateriais indispensáveis para a *existência plena*.

Existe um relativo consenso de que não há vida digna, nem auto-respeito, nem possibilidade de exercício de capacidades individuais e coletivas sem que determinadas *condições básicas estejam satisfeitas*.¹⁰² (*grifo do autor*).

A dignidade da pessoa humana se configura como atributo peculiar a todo ser humano, existindo anteriormente ao direito legislativo que apenas a reconheceu, positivou, identificou-a como valor supremo de todo o sistema jurídico, obstando que o ser humano pudesse ser objeto de coisificação e de instrumentalização.¹⁰³

Todavia, apesar da transcendência do princípio da dignidade da pessoa humana, ele não possui contornos absolutos, visto ser limitado pela eventual colisão entre dignidades de outros seres humanos, que também lhes são inerentes, sendo defesa sua indisponibilidade ou

¹⁰² MOTA, Maurício. O paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós positivismo e judicialização da política. *Revista Quaestio Iuris*, v. 5, n. 2, p. 304, jul./dez., 2012.

¹⁰³ PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*. O significado e alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 190.

supressão. Reside nesse ponto a dimensão intersubjetiva do princípio da dignidade da pessoa humana.

A preceituação constitucional da dignidade da pessoa humana como finalidade da ordem econômica traduz-se numa imperiosa busca de concretude deste valor, em cada passo que o intérprete trilhar nos caminhos hermenêuticos palmilhados ao longo da tarefa exegética que se lhe impõe, valendo, porém, observar, igualmente, que, como qualquer outro princípio, nem mesmo a dignidade da pessoa humana pode ser absolutizada, sofrendo ponderação quando em jogo a dignidade de outra ou mais pessoas. A despeito disso, diz-se da mesma ser irrenunciável e inalienável, não podendo ser destacada do ser humano.¹⁰⁴

Deste modo, o Brasil, entidade política constitucionalmente organizada, consagra a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, a qual deve ser assegurada por intermédio do exercício da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e da proteção do equilíbrio ambiental. Nesse cenário, a ordem econômica indica que as relações econômicas devem convergir na busca da promoção da existência digna de todos os seres humanos.

O tratamento dado à ordem econômica pela Constituição Federal de 1988 tem por finalidade conduzir a economia com vistas às futuras gerações. Tratando do assunto, Dias e Oliveira ressaltam que o objetivo é alcançar um cenário distinto e organizar a atividade econômica já consolidada, tendo em vista que o constituinte originário logrou êxito ao acolher o modelo capitalista e, concomitantemente, adaptá-lo às perspectivas humanistas, reconhecendo a indispensabilidade do exercício da função social às atividades econômicas¹⁰⁵.

Em um Estado Democrático de Direito, o princípio estruturante da dignidade da pessoa humana é o objetivo essencial da ordem econômica constitucional. Tanto assim o é que o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, assegura ser a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que se revela um Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, *caput*, também da CRFB/88.

Acerca da dignidade da pessoa humana, inúmeros estudos indicam seus fundamentos e, segundo Sarlet, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser assinalado como o fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, na medida em que dele advém a essência e as determinações para que todo o conjunto de normas seja interpretado na direção de

¹⁰⁴ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*. O significado e alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 190.

¹⁰⁵ DIAS, Jefferson Aparecido; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges. *Jurisdição civil, ativismo e ordem econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 178.

atendimento aos mandamentos do resguardo da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁶

A República Federativa do Brasil, ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, protege, de certa forma, os brasileiros e os indivíduos estrangeiros que em solo nacional estiverem, de eventuais atuações jurídicas, políticas, sociológicas, filosóficas, religiosas, entre outras, que possam se afastar de tal fundamento republicano. Canotilho afirma, neste sentido, que “[...] o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República significará, assim, o contrário de ‘verdades’ ou ‘fixinismo’ políticos, religiosos ou filosóficos [...]”¹⁰⁷

Independente de idade, raça, sexo ou religião, todo indivíduo possui, como condição de existência, a dignidade da pessoa humana, sendo-lhe esta inerente, como a maior parte da doutrina assim a qualifica. Tal atributo é chancelado pela indisponibilidade. Em verdade, trata-se de “[...] um complexo de direitos e deveres fundamentais [...]” de “[...] uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito”¹⁰⁸, conforme leciona Sarlet.

Ainda, o autor destaca que o princípio da dignidade da pessoa humana se desdobra em várias dimensões, como a histórico-cultural, comunitária e social, entre outras, não podendo ser vista apenas como uma declaração de conteúdo ético, vez que é dotada de plenitude e eficácia, compreendendo, deste modo, um valor jurídico fundamental da sociedade.¹⁰⁹ Ao encontro desse entendimento, Reis aduz que, reputada como o cerne do ordenamento jurídico brasileiro, considerada sua "função unificadora de todos os direitos fundamentais"¹¹⁰, a dignidade da pessoa humana deve ser disposta como atividade que implementa os direitos pessoais, sendo competência do poder público hastear um ordenamento jurídico e social consubstanciador desse valor inegmável.

Diante das atitudes e comportamentos de cada indivíduo, a dignidade da pessoa humana ultrapassa o campo da abstração e adentra na esfera da concretude, e, por essa razão, pode se tornar alvo de várias ofensas, detectáveis no dia a dia da sociedade contemporânea. Com relação às violações contra a dignidade da pessoa humana, Sarlet afirma que há uma dificuldade em constituir um rol de violações e, deste modo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, buscando

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988*. 7.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109.

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed., Coimbra: Almedina, 2003. p. 225.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988*. 7.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 124.

¹¹⁰ REIS, Rafael Luís Vale. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 58.

definir juridicamente a dignidade, estabelecem padrões e critérios substanciais a fim de se aproximar de uma concepção mais tangível desse princípio, mesmo que isso não se configure uma conceituação aceita majoritariamente diante da dimensão do tema, caracterizado pela ambiguidade e pela porosidade, afirmando, por fim, não ser prudente uma definição inamovível, o que acarretaria a colisão com diversos valores das democracias atuais.¹¹¹

No que tange ao adjetivo de status jurídico a que é erigida a dignidade da pessoa humana, observa-se que ela não se encontra inserida no elenco dos direitos e garantias fundamentais, mas adquire a condição de princípio fundamental da República Federativa do Brasil e, nessa esteira, Sarlet considera que “[...] na qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem jurídica constitucional e infraconstitucional”¹¹².

Aludindo quanto à significativa função das normas constitucionais e infraconstitucionais na salvaguarda dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, Canotilho assevera que a integridade física e espiritual do homem deve ser preservada como atributo irrenunciável, o que o autor denomina como libertação da angústia de existência do ser humano; é preciso que lhe seja concedida a possibilidade de emprego, trabalho, o mínimo existencial, por intermédio de instrumentos assistenciais elementares garantidores de sua sobrevivência.¹¹³

Descortina-se, em vista disso, a notabilidade principiológica da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais, bem como a indispensabilidade de uma conduta ativa por parte do Estado, no intuito de atingir sua eficácia e, por conseguinte, que os objetivos da República Federativa do Brasil sejam alcançados.

No tocante à finalidade da ordem econômica em garantir a existência digna do ser humano, Messias e Souza afirmam que:

A ordem econômica constitucional deve estar voltada à valorização do trabalho humano e à livre iniciativa, tendo, a defesa do meio ambiente, como um de seus princípios norteadores na busca do cumprimento de sua finalidade, qual seja assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, tal e qual previsto no artigo 170, da Constituição Federal de 1988. Assim, no território brasileiro, as atividades econômicas devem ser desenvolvidas para assegurar a existência digna do ser humano, para isso, seu planejamento, instalação e operação devem ser orientadas pela defesa do meio ambiente, cujas regras estão contidas no Direito Ambiental.¹¹⁴

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09, jan./jun. 2007. p. 364-387.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, Brasília, 2011. p. 53.

¹¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed., Coimbra: Almedina, 2003. p. 249.

¹¹⁴ MESSIAS, Ewerton Ricardo; SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *Financiamento e dano ambiental: a*

É inequívoco que a ordem econômica constitucional tem a atribuição de agente indutor do desenvolvimento econômico e socioambiental, bem como se perfaz como elemento garantidor da existência digna prevista no art. 170 da Constituição Federal, tudo com vistas à realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto componente estruturante do Estado Democrático de Direito, apto a conceder efetividade à tutela e à fruição dos direitos e garantias fundamentais, na persecução da desejada justiça social.

3.3 Saúde: direitos humanos e direito social fundamental

Terminada a Segunda Guerra Mundial, que deixou o mundo estarecido diante das atrocidades praticadas por seres humanos contra seus próprios pares, os questionamentos acerca das condições humanas e da necessidade de garantir a efetividade dos direitos humanos, fizeram com que os Estados se vissem obrigados a reconhecer os direitos sociais.

Esse movimento teve início na Organização das Nações Unidas – ONU, que na adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, ocorrida em 10 de dezembro de 1948, considerada a “fonte mais importante das modernas constituições”¹¹⁵, dispôs sobre um amplo campo de dispositivos relativos aos direitos sociais, em especial à saúde, conforme seu art. 25:

Art.25 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.¹¹⁶

Silvia Melo da Matta destaca que:

Na realidade o primeiro documento supracitado, DUDH, não conclamou o direito à saúde diretamente, mas a garantia do direito a uma vida decente com um padrão capaz de assegurar saúde e bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis. (art.25). O direito à vida é a raiz do direito à saúde, pois é consubstancial àquela. Além disso, sem saúde o ser humano não realiza todo o seu potencial. A concepção contemporânea dos direitos humanos foi apresentada pela Declaração Universal, de 1948, e reiterada pela Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, o que os internacionalizou. Esta internacionalização somente foi possível em decorrência da Segunda Guerra Mundial, como forma de resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelos regimes de extrema direita, principalmente

responsabilidade civil das instituições financeiras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 83.

¹¹⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direitos sociais na constituinte*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 21.

¹¹⁶ Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1948.

o nazista.¹¹⁷

Anteriormente a isso, mas já sob os reflexos do pós-guerra, a Organização das Nações Unidas estimulou a formação de órgãos especiais para assegurar direitos substanciais do homem. A saúde se enquadra dentre esses direitos humanos e, por essa razão, passou a ser objeto da Organização Mundial da Saúde – OMS¹¹⁸. A OMS conceituou a saúde logo no preâmbulo de sua Constituição: "Saúde é o completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença e outros agravos", esclarecendo, mais a frente, que "a posse do melhor estado de saúde que o indivíduo pode atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano"¹¹⁹.

Na linha desse entendimento, as Constituições européias do pós-guerra formalizaram o direito à saúde. A Constituição da Itália, de 22 de dezembro de 1947, em seu art. 32 "protege a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade e garante tratamento gratuito aos indigentes". Em Portugal, a atual Constituição, datada de 1976, assegura no art. 64 que "todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover". Do mesmo modo, a Constituição Espanhola, referendada pelo povo em 06 de dezembro de 1978, "reconhece o direito à proteção da saúde"¹²⁰. Todas essas quatro constituições europeias relacionaram o direito a saúde à seguridade social¹²¹.

No Brasil, segundo Dallari, "a incorporação constitucional dos direitos sociais foi sobremaneira lenta"¹²². Em uma breve análise histórica do direito à saúde na conjuntura constitucional, verifica-se que as constituições brasileiras de 1891 e 1824 não fizeram menção, expressamente, ao direito à saúde¹²³, embora já, naquele período, o país amargasse sérios problemas de saúde pública, ocasionados principalmente por epidemias de doenças infecto-contagiosas, como febre amarela, varíola, malária, cólera, hanseníase, peste bubônica, tuberculose, parasitoses, entre outras, que eram combatidas apenas pelo modelo hegemônico de

¹¹⁷ MATTA, Silvia Melo da. *Impactos das decisões judiciais na política de medicamentos (2013-2015)*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015.

¹¹⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 19.

¹¹⁹ Organização Mundial de Saúde – OMS/WHO. Constituição da Organização Mundial de Saúde. 1946. Disponível: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: nov. 2020.

¹²⁰ Informações sobre as Constituições europeias extraídas de DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 22.

¹²¹ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 299.

¹²² DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 22.

¹²³ ROCHA, Júlio C. de S. *Direito à saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999. p. 39.

saúde da época, o sanitarismo campanhista¹²⁴.

As constituições brasileiras que se seguiram trataram da saúde apenas no que dizia respeito à competência dos entes federativos de legislar sobre a proteção e defesa, e do estabelecimento e execução dos planos de saúde. A saúde ainda não era vista como um direito fundamental social.

O primeiro diploma constitucional brasileiro a garantir o direito à saúde na relação dos direitos fundamentais foi a Constituição Federal de 1988. "É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem"¹²⁵. Tal previsão se encontra estampada no art. 6º da CRFB/88.

A saúde, conceituada juridicamente, deve ser compreendida em uma análise sistemática da Constituição Federal, e levando em conta a noção de saúde como completo bem-estar, em conformidade com a ideia traçada pela Organização Mundial de Saúde¹²⁶. A CRFB/88 vinculou a existência da saúde à obediência de princípios, especialmente ao princípio da igualdade, tendo em vista que esse direito social fundamental deve ser reconhecido e garantido isonomicamente a toda coletividade¹²⁷.

O art. 194 da Constituição da República é claro ao dispor, no âmbito da ordem social, os delineamentos da seguridade social, estando abarcadas as ações destinadas a assegurar o direito à saúde, financiadas, de forma direta ou indireta, por toda a sociedade. Já o art. 196 determina que essas ações serão efetivadas "mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"¹²⁸, e organizadas, de acordo com o art. 198, em uma "rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único"¹²⁹, que convencionou-se denominar Sistema Único de Saúde – SUS.

Ainda, a CRFB/88 inseriu uma nova lógica de organização da saúde, conceitos e princípios: a aceção de saúde entendida num cenário de articulação entre políticas econômicas e sociais; a saúde consistente como direito social universal, proveniente do exercício da plena cidadania e não mais como direito previdenciário; a caracterização das ações e serviços de saúde como de utilidade pública; o invento de um Sistema Único de Saúde, descentralizado, com

¹²⁴ WESTPHAL, Márcia Faria; ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de. *Gestão de serviços de saúde: descentralização/municipalização do SUS*. São Paulo: EDUSP, 2001. p. 21-22.

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 298.

¹²⁶ ROCHA, Júlio C. de S. *Direito à saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999. p. 45.

¹²⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 30-31.

¹²⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹²⁹ *Idem*.

comando único em cada esfera de governo, com atendimento integral e contando com a participação da comunidade; e integração da saúde na Seguridade Social¹³⁰.

Observa-se, assim, que o constituinte originário estabeleceu um arcabouço jurídico para o incremento imediato do direito à saúde, consentindo que apenas alguns pontos fossem disciplinados pela legislação infraconstitucional.

Nesse intento, em 19 de setembro de 1990, foi editada a Lei nº 8.080 – Lei Orgânica da Saúde – LOS, dispondo sobre as “condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes” e dando outras providências¹³¹, regulando, de acordo com seu art. 1º, as ações e serviços de saúde, em todo o território nacional, “executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado”.

Outrossim, importante aspecto da LOS é a relação que concebe entre a saúde e outros fatores, adotando o amplo conceito de saúde proposto pela OMS, no qual a mera ausência de doença não indica bem-estar físico, mental e social de um povo, dependendo este de outras variáveis:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013)

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.¹³²

Esse dispositivo torna evidente que é necessário realizar uma vasta gama de políticas públicas para garantir o direito à saúde, que vão desde a implantação de serviços de saúde até a execução de ações atinentes ao lazer da população.

Além disso, o direito à saúde é assegurado por uma “pluritutela normativa”, ou seja, por uma “intensa proteção em diferenciados microssistemas jurídicos”¹³³, como o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Trânsito Brasileiro, a Lei de Patentes, o Estatuto da Criança e do

¹³⁰ WESTPHAL, Márcia Faria; ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de. *Gestão de serviços de saúde: descentralização/municipalização do SUS*. São Paulo: EDUSP, 2001. p. 31.

¹³¹ BRASIL. Lei nº 8.080. Lei Orgânica da Saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: nov. 2020.

¹³² Organização Mundial de Saúde – OMS/WHO. Constituição da Organização Mundial de Saúde. 1946. Disponível: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: nov. 2020.

¹³³ ROCHA, Júlio C. de S. *Direito à saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999. p. 52-53.

Adolescente, etc.

Sobre a imprescindibilidade do direito à saúde, Silvia da Matta assevera:

Os direitos humanos são a linguagem da dignidade e devem possibilitar ao titular a sua implementação, sob pena de perderem sua natureza. Assim, a universalização destes direitos, com a formação de um sistema normativo internacional de proteção consiste no consenso internacional acerca dos seus parâmetros mínimos. Para fortalecer o acima exposto, devemos superar a noção de que há uma classe de direitos (civis e políticos) com inteiro reconhecimento e respeito decorrentes do objetivo de limitar o autoritarismo estatal e uma outra classe (direitos sociais, econômicos e culturais) distinta, sem este reconhecimento, pois seriam consistentes em prestações do Estado, com o pressuposto da sua cooperação ativa. Isso não é científico, pois os direitos econômicos, sociais e culturais são tão autênticos, verdadeiros, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância quanto os primeiros, ou seja, não são caridade, generosidade ou compaixão do Estado ou pelo Estado.¹³⁴

Cristalina é a natureza do direito à saúde, que integra o rol dos direitos humanos, em âmbito internacional, e se consuma como um direito fundamental social no ordenamento jurídico brasileiro.

3.4 Escassez da Saúde: o ser e o dever-ser da ordem econômica capitalista brasileira

A compreensão de ordem econômica representa o entendimento sobre o papel a ser desempenhado pelo Estado nas relações econômicas entabuladas no mercado e qual o propósito dessa atuação. Para a inteligência da ordem econômica brasileira é preciso que se entenda como ocorre sua normatização na Constituição da República Federativa Brasileira. Eros Roberto Grau assim descreve a ordem econômica:

[...] conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).¹³⁵ (GRAU, 1997, p. 53).

A ordem econômica, de acordo com sua instituição pela CRFB/88, se fundamenta na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem como finalidade garantir a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Analisando as normas instituidoras da ordem econômica, percebe-se a adoção do sistema econômico capitalista, considerando que a propriedade privada dos meios de produção

¹³⁴ MATTA, Silvia Melo da. *Impactos das decisões judiciais na política de medicamentos (2013-2015)*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015.

¹³⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53.

é um dos princípios básicos adotados. Contudo, a preocupação com a justiça na destinação dos recursos não foi menosprezada, porquanto o propósito da ordem econômica é assegurar dignidade a todos, de acordo com os imperativos da justiça social, como já dito.

Até neste ponto foi exposto os contornos jurídicos da ordem econômica, que engendra o âmbito normativo, na esfera do “dever ser”. O plano do “ser”, isto é, “como” implementar, no campo fático, essas normas, não é assunto enfrentado de forma isolada pelos juristas, no que reside a notoriedade do estudo da ordem econômica ser realizado de forma que abranja diferentes áreas do saber como Direito, Ciência Política, Economia, dentre outras.

No tocante ao direito à saúde, importante dizer que, para o Estado alcançar a meta de assegurar o acesso isonômico às ações que objetivam prevenir e restabelecer a saúde dos indivíduos por intermédio de tratamento condizente, ou seja, no plano do “ser”, imprescindível se faz a promoção de políticas sociais e econômicas.

Maria Paula Dallari Bucci enfatiza que as políticas públicas são uma categoria jurídica que se apresentam na medida em que objetivam a consumação de direitos humanos, especialmente os direitos sociais¹³⁶. Tais direitos, incluído o direito à saúde, se configuram, de acordo com Bobbio, como direitos de segunda geração e foram concebidos para afiançar a completude dos direitos de primeira geração.¹³⁷

As políticas públicas são, por assim dizer, arranjos complexos, particulares da atividade político-administrativa, não se configurando como uma categoria delineada e estabelecida pelo direito. Entrementes, o direito deve estar apto a discorrer, concernir e investigar, de modo a integrar os valores e métodos próprios do ambiente jurídico à atividade política. Novamente, Maria Paula Dallari Bucci leciona que a proibição de omissão dos Poderes Públicos na efetivação dos direitos sociais é um dos reflexos da aplicabilidade das normas programáticas.¹³⁸

Sarlet sublinha o paradoxo exibido pelo Estado Social no que pertine aos seus encargos essenciais, no sentido de que se deve conferir um lastro mínimo de sua prestação pretendida no texto constitucional, ou, independentemente de sua base econômica e material, assegurar a todo custo um “padrão ótimo nesta seara”.¹³⁹

Conquanto o caráter subjetivo permeia o chamado “padrão ótimo” realçado por Sarlet,

¹³⁶BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Organizado por Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 23-24.

¹³⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Organizado por Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 27.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 590-591.

é oportuno salientar a necessidade de serem observados, pelo Estado, os padrões mínimos, inclusive na confecção da agenda da política pública a ser adotada. Por padrões mínimos entende-se os serviços e ações previstos, respectivamente, nos artigos 227, § 1º, inciso I, 198, inciso II, 200, incisos II e IV, todos da Constituição Federal: assistência materno-infantil; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; serviços de saneamento básico. Essa garantia constitucional pode ser justificada pelo reconhecimento da saúde como um dos direitos pertencentes ao mínimo existencial à dignidade da pessoa humana, perfazendo uma das condições materiais elementares para a sua existência.

Esse conjunto de prerrogativas mínimas representam o mínimo existencial a ser garantido a todos os seres humanos, e, por essa razão, foram postos fora do alcance de deliberação, política e das maiorias, pelo constituinte originário, reconhecendo-se sua eficácia jurídica positiva.

Potyara Pereira afirma que as premências humanas não são passíveis de variação, independentemente da origem cultural, contemporânea ou não, e, sem embargo da localização geográfica, o que justifica a existência do mínimo existencial.¹⁴⁰

Ante a necessidade de concretização da dignidade da pessoa humana, é inaceitável que o poder público se mantenha estático, recusando-se ao cumprimento de sua obrigação de prestar serviço de saúde ao indivíduo, tendo em vista se tratar de essencialidade comum a todos os sujeitos, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal – STF, reconhece a índole programática da norma constitucional disposta no art. 196, mas denota ser impossível reconhecê-la como mera promessa constitucional.¹⁴¹

¹⁴⁰ PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez Editora, 2000. p. 66.

¹⁴¹ O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24.11.2000 (já citado anteriormente). No mesmo sentido: AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26.6.2012, Segunda Turma, DJE de 16.8.2012; RE 368.564, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13.4.2011, Primeira Turma, DJE de 10.8.2011; STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17.3. 2010, Plenário, DJE de 30-4-2010. Vide: AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3.8.2010, Segunda Turma, DJE de 20.8.2010.

3.5 Ordem econômica brasileira e externalidades negativas à saúde

O direito social à saúde, como visto, integra o elenco de direitos fundamentais positivos, isto é, exige, para sua implementação, uma conduta ativa por parte do poder público. Essa atuação estatal, por sua vez, reclama o emprego de recursos públicos, simbolizando, assim, que os direitos fundamentais sociais reivindicam custos.

A rigor, os recursos públicos não são ilimitados, pelo contrário, são contingenciados e, necessariamente, devem ser empregados em obediência a determinado programa orçamentário pré-estabelecido. Ademais, mesmo se não existisse tais normas limitadoras de direito financeiro, haveria uma restrição natural dos próprios recursos.

À vista disso, o impasse entre as políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais – abarcando o direito à saúde – e a escassez de recursos públicos traz à baila a questão das intituladas “escolhas trágicas”. De um lado estará o direito fundamental a ser implementado e, de outro, o custo dessa execução pelo poder público. Tais demandas deverão ser sopesadas.

Nesse cenário, tem lugar o exame de questões referentes à análise econômica do direito, à ordem econômica brasileira e às externalidades à saúde.

A análise econômica do direito, em seu sentido descritivo, refere-se à aplicação de conceitos e métodos não jurídicos com a finalidade de compreender a função do Direito e das instituições jurídicas, tendo aplicação nessa seara a teoria dos jogos e a teoria das escolhas públicas (*public choices*).

Podem ser citadas como características principais da análise econômica do direito a rejeição do direito diante da realidade econômica e social; a utilização de métodos de outras áreas do saber, como a economia e a filosofia; a crítica à interpretação jurídica como interpretação conforme precedentes ou o direito, sem referência ao contexto econômico e social.¹⁴² Já os postulados da análise econômica do direito de destaque são o individualismo metodológico, significando que os fenômenos coletivos devem ser explicados como resultantes de decisões individuais; a escolha racional, onde as decisões individuais são entendidas como racionalmente dirigidas à maximização dos interesses individuais; as preferências estáveis, postulando-se que no curto prazo há a estabilidade das preferências; o equilíbrio – as interações na política e no direito tendem ao equilíbrio¹⁴³.

¹⁴² CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito – uma visão crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 13.

¹⁴³ *Ibidem*, p.15

A denominada teoria dos jogos, do mesmo modo que os outros modelos econômicos, pode ser traduzida em uma forma de simplificação da realidade social, com o fito de demonstrar as forças básicas de uma certa interação social; os tipos de jogos¹⁴⁴ e as conjunturas envolvidas ainda estão em busca da completa, adequada e suficiente confirmação de sua aplicação ao direito.

Por sua vez, a teoria das escolhas públicas se fundamenta na necessidade de o poder público, ao deliberar sobre a atuação administrativa ou legislativa, efetuar um cálculo constitucional, envolvendo a mensuração de custos no cumprimento da decisão, bem como o grau de realização dos valores e bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal.

Flávio Galdino, ao explicar sobre a análise econômica do direito, indica três fatores concorrentes para o bom desempenho dessa tarefa pelo Direito: a) o Direito é fundamentalmente devotado a considerações éticas, ou seja, possui um modelo de análise orientado a valores; b) as análises jurídicas dirigem-se também, em boa medida, ao combate da escassez, através de variadas técnicas de redistribuição da riqueza e alocação de direitos e recursos; c) os conceitos jurídicos, bem trabalhados, admitem sejam incluídos nas operações e ponderações os profícuos resultados das análises econômicas. A par desse reconhecimento, por intermédio de normas jurídicas e sua aplicação, se torna possível conglomerar condições econômicas e considerações éticas, potencializando a eficiência das instituições sem necessário prejuízo dos valores implicados.¹⁴⁵

A atuação do Estado, que deve estar pautada no cálculo constitucional entre os custos no cumprimento de suas decisões e o nível de satisfação dos bens jurídicos salvaguardados pela CRFB/88, melhor dizendo, na análise econômica do Direito, está umbilicalmente ligada à ordem econômica, posto a finalidade desta última de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, nos termos do art. 170.

Sucedem que a prestação estatal, realizada por intermédio do Poder Executivo, ocorre por muitas vezes de maneira precária, sem coerência entre as ações realizadas. Verifica-se, pode-se dizer, um desprezo pelos dispositivos constitucionais na devida implementação. Eventualmente, os governantes dão prioridade para as ações que terão maior e imediato reflexo na vida política, com finalidade manifestamente eleitoreira, desviando-se do interesse público que deveria orientar a conduta do administrador.

¹⁴⁴ Podem ser citados como modelos de jogos: os jogos em formas normais, jogos na forma extensiva, jogos repetidos, jogos em ação coletiva, jogos de barganha cooperativos e não cooperativos.

¹⁴⁵ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 249-254.

Evidente, assim, que o modelo de Estado apenas intervencionista é insuficiente para o alcance da justiça social, vez que a discricionariedade que caracteriza a atividade administrativa possibilita atitudes abusivas por parte das pessoas que chefiam a Administração Pública.

Neste ponto reside a imprescindibilidade da separação dos poderes estatais.

Importa lembrar que as mudanças sociais trouxeram uma série de alterações na concepção da separação de poderes estatais. Os modelos de Estados foram sendo transformados ao longo do tempo e a configuração original das funções dos Poderes que constituem o Estado foram também, inevitavelmente, modificadas.

Lenio Streck e Luciano Feldens, na obra intitulada “Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público”¹⁴⁶, fazem uma interessante análise da separação de poderes, princípio sustentáculo dos Estados contemporâneos. Os autores salientam que o modelo de Estado, ao longo das eras, determinou qual dos poderes detinha maior preponderância no panorama político de determinado Estado.

No Estado Liberal o Poder Legislativo gozava de maior importância, vez que o papel do Estado era o de regular as relações entre os particulares, garantindo-lhes a não intervenção estatal na esfera privada. O Estado assegurava a sua suposta omissão. O lugar de destaque do Poder Legislativo decorre de sua competência em instituir as limitações a serem respeitadas pelo poder público.

Em face da falência do modelo liberal, passou-se a exigir que o Estado não deixasse apenas de regular as relações entre os particulares, mas passasse a intervir também na vida dos indivíduos com o objetivo de garantir-lhes um padrão mínimo de direitos garantidores de uma vida digna, na busca da igualdade social. Surgem as denominadas políticas públicas como mecanismos dessa hodierna realidade. O Poder Executivo ganha destaque, porquanto empreendedor dos direitos previstos em lei.

Entretanto, como já dito, as tarefas realizadas pelo Poder Executivo se mostram, ocasionalmente, debilitadas, em razão de condutas arbitrárias dos governantes. Necessária nova alteração no modelo estatal.

Atualmente prevalece o Estado Democrático de Direito, que segundo Lenio Streck e Luciano Feldens “o grande salto paradigmático reside exatamente na eleição dos dois pilares

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

que sustentam o Estado Democrático de Direito: o respeito à democracia e aos direitos fundamentais”¹⁴⁷

Mais adiante os mesmos autores lecionam:

Atente-se: se no Estado Liberal observávamos, na relação Estado-Poder- Sociedade, uma nítida proeminência do Poder Legislativo (do “império da lei”), e, no Estado Social verificávamos uma forte influência do Poder Executivo em face da necessidade de implementação das políticas públicas – o que acarretava um perfil autoritário a essa forma de Estado -, no Estado Democrático de Direito verifica-se uma nítida migração dessa esfera de tensão, a culminar com seu deslocamento em direção ao Poder Judiciário, abrindo campo àquilo que hoje se entende por justiça constitucional.¹⁴⁸

Advém daí a instituição do Poder Judiciário como agente capaz de corporificar os direitos fundamentais alicerçados na Constituição Federal, fazendo-o através de ações de cunho prestacional. Apenas com essa releitura do princípio da separação dos poderes tornou-se possível a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Lado outro, uma indagação vem à tona: a precariedade na execução das ações públicas de saúde poderiam ser consideradas externalidades do sistema capitalista, adotado pela República Federativa do Brasil, à saúde?

Por externalidades entende-se os eventos nos quais as condutas de um agente econômico atinge outros agentes, propiciando benefícios ou estatuindo custos sobre eles. Em uma típica transação de mercado, um comprador e um vendedor realizam um troca voluntária que beneficia ambos. Cada uma das partes envolvidas melhora, ou, no mínimo não piora. Essas transações são chamadas de *Pareto Improving*. No entanto, em algumas ocasiões os reflexos das transações ultrapassam a relação comprador-vendedor, afetando outras partes. Esses efeitos são denominados externalidades.

No sistema capitalista deve-se levar em conta que seu traço caraterístico reside no fato de que os capitalistas não conseguem arcar com todas as suas contas, isto é, no decorrer da expansão da economia as empresas geram as externalidades. Segundo a economia neoclássica, trata-se de uma “falha de mercado”, em que o preço não suporta os custos e benefícios sociais, podendo as externalidades serem positivas ou negativas.

Ricardo Hasson Sayeg assim define as externalidades:

[...] seja qual for o regime econômico capitalista, verifica-se que o fato econômico, produto do ato econômico, necessariamente provoca repercussões, positivas ou

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 17.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 17-18.

negativas, em relação a terceiros, de caráter privado e de caráter social, tendo em vista que sempre acabam de alguma forma pigmentando o respectivo colorido da economia seja no Estado liberal, no do bem-estar social ou em algum meio-termo entre eles. Repercussões em caráter privado, quando atingem a esfera de direitos de outra pessoa determinada, restritamente a ela, nos seus direitos individuais; e, em caráter social, a coletividade em sua esfera de direitos coletivos e difusos; ficando o Estado por vezes entre uma, por vezes entre outra esfera. A essas repercussões, denominamos externalidades, positivas ou negativas, as primeiras úteis e as segundas indesejáveis.¹⁴⁹

A despeito das externalidades negativas produzidas pelo fato econômico, em princípio estas são compensadas pelas externalidades positivas eventualmente verificadas, especialmente no que se referem às externalidades positivas e negativas de caráter social.

Sobre essa compensação, Brue destaca que os conhecidos economistas do bem-estar, entre eles Arthur Cecil Pigou, professor de Economia Política da Universidade de Cambridge, entre 1908 a 1943, aquiesciam que caberia ao Estado igualar os respectivos custos e benefícios marginais sociais.¹⁵⁰ Assim, esses teóricos defendiam uma economia capitalista de relativo controle central, sustentando, por conseguinte, o dirigismo econômico governamental para a resolução das externalidades e, conseqüentemente, fundamentando o Estado do bem-estar social.

Para os economistas do bem-estar o governo deve buscar compensar ou resolver as externalidades utilizando subsídios, tributação ou controle legal, em desfavor ou em favor do agente econômico, caso seja ele gerador de externalidades sociais negativas ou positivas, respectivamente.

Já os defensores da economia de mercado, e igualmente do Estado liberal, promotor do liberalismo econômico, reagiram em sentido contrário. Brue narra que no ano de 1959 o professor da Universidade da Virginia, Ronald Coase, ganhador do Prêmio Nobel em 1991, publicou artigo confrontando as análises de Pigou acerca das externalidades, afirmando que o papel do governo deve restringir-se a estabelecer os direitos de propriedade e abrandar os custos de transação.¹⁵¹

Sobre a reciprocidade das externalidades o autor escreve:

[...] a abordagem [de Pigou] tendia a questionar a natureza da escolha que precisa ser feita. A questão normalmente considerada é aquela em que A impõe prejuízo a B, que

¹⁴⁹ SAYEG, Ricardo Hasson. *O capitalismo humanista no Brasil* (estudos preliminares para elaboração de tese de livre docência). Disponível em: https://www.pucsp.br/capitalismohumanista/downloads/o_capitalismo_humanista_no_brasil.pdf. Acesso em: nov. 2020.

¹⁵⁰ BRUE, Stanley L. *História do pensamento econômico*. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 393.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 402.

precisa decidir como conter A. Mas isso está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar prejuízos a B importaria prejuízos a A. A pergunta real que precisa ser resolvida é: A poderia prejudicar B ou B poderia prejudicar A? O problema é evitar os prejuízos mais sérios.¹⁵²

Completando, acompanhando o pensamento de Coase, relata Brue que “quando um dos lados tem direitos de propriedade que são adversamente afetados pela ação do outro, ambas as partes terão uma motivação para negociar um resultado aceitável”¹⁵³.

Pinheiro e Saddi lembram que a contribuição de Coase, cognominada Teorema de Coase, “introduziu um modo de pensar em que existe um princípio de eficiência por trás de cada regra dada”.¹⁵⁴

Doravante, de acordo com esses pensamentos teóricos, é dispensável a presença do Estado na solução das externalidades recíprocas, apenas para delimitar os direitos de propriedade e diminuir os custos de transação, relegando referida solução ao encargo dos interessados por conta do livre mercado, ante a racionalidade do homem econômico, que potencializará a respectiva eficiência em favor de seu interesse individual, tendo em vista que se concebe nas virtudes do individualismo o consecutivo benefício social, em razão de que cada sujeito, singularmente incentivado por seus interesses individuais próprios, compõe o todo.

Tal teoria econômica possibilitou o desenvolvimento da corrente de pensamento reputada como Análise Econômica do Direito, especialmente na Escola de Chicago, ponderando que o papel estatal reside, exclusivamente, em assentar o direito de propriedade e restringir os custos de transação, favorecendo somente o ambiente e as ferramentas da negociação entre os interessados perante as externalidades, que agindo em prol de seus interesses pessoais, acarretará certamente benesses sociais, sem vindicar custos complementares à população ou ao Estado.

Richard Posner, membro reconhecido da Escola de Chicago, lançou sua obra Análise Econômica do Direito em 1972, afirmando ter a convicção de que a economia é um artefato poderoso para examinar um conjunto amplo de questões legais, com a proposta de fundamentar a análise econômica em questões jurídicas concretas, variadas e numerosas.¹⁵⁵ Entretanto, o faz sob a ótica da Escola de Chicago do liberalismo econômico, evidentemente, asseverando que o

¹⁵² BRUE, Stanley L. *História do pensamento econômico*. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 402.

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 143.

¹⁵⁵ POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, México: Fondo Mexicano de Cultura, 2000. p. 11 e segs.

interesse pessoal não deve se confundir com o egoísmo, e a miséria ou a felicidade de outras pessoas pode constituir parte de nossas satisfações.

Entretanto, é compreensível ser defensor do Estado liberal, fomentador do liberalismo econômico, nos Estados Unidos da América, haja vista que naquele país a racionalidade econômica de busca do interesse próprio gerador da riqueza promove um bem-estar global, atendendo, de forma implícita, a ansiedade de evolução econômica, política, social e cultural e à efetivação dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão.

Ocorre que, a economia de mercado em que se funda o Estado liberal também tem uma face perversa, marcada pelo individualismo, que ignora as necessidades do próximo.

Exatamente por isso o ordenamento jurídico brasileiro não deve se utilizar dos pensamentos do liberalismo econômico de Chicago na aplicação da teoria da Análise Econômica do Direito, porquanto a anuência irrestrita acarreta os reflexos inconvenientes de austeros danos à concretização de direitos humanos de segunda e terceira dimensão, especificamente os direitos sociais e do desenvolvimento nacional, tendo em vista que a economia brasileira não possui a estrutura, conjuntura e cultura imprescindíveis para suportar o liberalismo promovido por um Estado liberal¹⁵⁶, como adverte Stiglitz, também Prêmio Nobel, chefe do Conselho de Economia do Governo Bill Clinton e, após, vice-presidente sênior do Banco Mundial.

Na ausência de um cenário propício à economia de mercado para a coletividade, no bojo de um Estado liberal, as pessoas ficam à mercê de graves riscos de exclusão social, por se encontrarem fora “dos circuitos vivos das trocas sociais”¹⁵⁷, ou seja, em exílio social, que na história da humanidade chegou a servir como pretexto para a barbárie relatada por Geremek, citado por Castel: no século XV um mendigo parisiense foi tido como “digno de morrer como inútil ao mundo” e, assim, condenado a “ser enforcado como um criminoso”¹⁵⁸.

O problema reside na contemporaneidade dessa mácula social. Zygmunt Bauman, sociólogo pós-moderno, ao se referir ao Estado liberal, sob o paradigma norte-americano, proclama que:

[...] cada vez mais, ser pobre é encarado como um crime; empobrecer, como o produto de pré-disposições ou intenções criminosas – abuso de álcool, jogos de azar, drogas, vadiagem e vagabundagem. Os pobres, longe de fazer *jus* a cuidado e assistência,

¹⁵⁶ STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais*. 3ª ed. São Paulo: Futura, 2002. p. 327.

¹⁵⁷ CASTEL, Robert. As armadilhas da exclusão. In: *Desigualdade e a questão social*. São Paulo: Educ, 1997. p. 22.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 44.

merecem ódio e condenação – como a própria encarnação do pecado.¹⁵⁹

E, ainda, arremata o sociólogo:

[...] como expressou o *New York Herald Tribune*, em 25 de dezembro de 1994, os americanos – conservadores, moderados e republicanos – consideram direito seu culpar os pobres pelo seu destino e, simultaneamente, condenar milhões de seus filhos à pobreza, fome e desespero.¹⁶⁰

Resta evidente que, por mais que a Análise Econômica do Direito, conforme a Escola de Chicago, possa eventualmente aumentar o crescimento das riquezas brasileiras, reduzindo o chamado custo-Brasil, tal fato não serve como indicador de desenvolvimento, uma vez que, ao provocar sérios danos à concretização dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, especialmente dos direitos sociais, haverá a exclusão social de muitos indivíduos, e, devem-se considerar desenvolvidos os “países em que todas as pessoas do povo estejam inseridas no processo de evolução política, econômica, social e cultural em níveis que venham a atender o mínimo vital”.¹⁶¹

Sayeg continua, afirmando que o Brasil, por uma série de fatores, não possui condições de sustentar o liberalismo econômico da Escola de Chicago. Todavia, a aplicação da Análise Econômica do Direito é passível de ser aplicada ao nosso país, mas sob um prisma diverso:

Apesar de o Brasil estar entre os dez maiores Produtos Internos Brutos do mundo, não temos condições de suportar o liberalismo econômico, pelo fato da pobreza da nossa população; da concentração de renda; do ingente endividamento nacional; dos enormes déficits na concretização dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, em destaque, dos direitos sociais do emprego, da saúde, da moradia, da educação, da previdência e assistência social; da economia oligopolizada e de pequena base industrial. Mencionem-se, ainda, os fatos de sermos importadores de tecnologia e de nossas instituições serem marcadas pela inconsistência, falta de recursos materiais e despreparo de seus quadros, com sobrecarga de tarefas, denúncias de abusos de autoridades de um lado, e corrupção, prevaricação e favorecimento de outro.

[...]

Forçoso entender, assim sendo, que a aplicação da Análise Econômica do Direito sob o colorido nacional brasileiro da economia social de mercado, orienta que, ocorrendo externalidade social positiva, cumpre ao Estado apropriar-se da respectiva vantagem sem dever de compensação em favor do seu agente; enquanto que, se negativa, por ser contrária ao desenvolvimento nacional e à concretização dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, e, ao ficar ao sabor do mercado, esta externalidade, caso não se resolva, enfim, importe um custo social relevante, deve o Governo brasileiro

¹⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. p. 59 e ss.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p.59 e ss.

¹⁶¹ SAYEG, Ricardo Hasson. *O capitalismo humanista no Brasil* (estudos preliminares para elaboração de tese de livre docência). Disponível em: https://www.pucsp.br/capitalismohumanista/downloads/o_capitalismo_humanista_no_brasil.pdf. Acesso em: nov. 2020.

solucioná-la mediante a coordenação impositiva da alocação eficiente de seus escassos recursos econômicos, a tributação ou o controle jurídico, conforme os princípios axiológicos parametrizados na Constituição Federal.¹⁶²

Em vista disso, pode-se afirmar ser possível a aplicação, no Brasil, da teoria da Análise Econômica do Direito, contudo, não propriamente de acordo com a Escola de Chicago, mas sim sob uma mescla do regime econômico neoliberal relativo da economia social de mercado, isto é, a livre iniciativa, a propriedade privada, a atividade econômica coordenada pelo mercado e o Estado encolhido, exceto se, para a execução dos objetivos fundamentais da República e efetivação dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, com destaque aos direitos sociais, asseguradores de existência digna à toda população, for preciso sistematizar e compelir imperativamente a destinação eficiente dos recursos econômicos escassos e a condução jurídica da economia.

¹⁶² SAYEG, Ricardo Hasson. *O capitalismo humanista no Brasil* (estudos preliminares para elaboração de tese de livre docência). Disponível em: https://www.pucsp.br/capitalismohumanista/downloads/o_capitalismo_humanista_no_brasil.pdf. Acesso em: nov. 2020.

4 O ORÇAMENTO PÚBLICO DA SAÚDE

De cunho eminentemente constitucional, o orçamento é o instituto que dita as regras financeiras do Estado. Se constitui, no âmbito das finanças, como o elemento organizador da performance estatal, fixando os limites para sua atuação.

As normas orçamentárias são, portanto, constitucionais materiais, visto imporem limites ao poder estatal, sendo imprescindíveis em um Estado Democrático de Direito.

Ricardo Lobo Torres afirma que, quanto às normas orçamentárias:

[...] são de natureza veementemente constitucional o prever o equilíbrio orçamentário, o distribuir a competência para autorizar a cobrança de impostos e a realização de gastos, o exigir a periodicidade de controle legislativo e o estabelecer as diretrizes para a redistribuição de rendas.¹⁶³

Não é possível, assim, se conceber um Estado organizado sem a presença de normas orçamentárias coesas e que reflitam as necessidades de seu povo. Deve preceder à elaboração dessas normas, por isso, um debate público acerca das políticas públicas a serem implementadas, dentre elas as que se referem aos serviços públicos de saúde.

4.1 Conceito, leis e princípios orçamentários

Baleeiro conceitua orçamento como o ato por intermédio do qual o Poder Legislativo prevê e autoriza, para certo período e em minúcias, ao Poder Executivo, as despesas dirigidas à operacionalização dos serviços públicos e outras metas adotadas pela política geral ou econômica do país, bem como a arrecadação das receitas já dispostas em lei.¹⁶⁴

Por seu turno, Silva ressalta que o orçamento é o processo, se perfazendo no conjunto integralizado de documentos pelos quais se confeccionam, se exteriorizam, se aprovam, se executam e se avaliam os planos e programas de serviços, obras e encargos do governo, com estimativa de receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro.¹⁶⁵

O principal mecanismo de concretização de políticas públicas é o orçamento. Deste modo, ao angariar recursos, para depois gastá-los sob a forma de prestação de serviços, obras ou qualquer outra política pública, o objetivo do Estado é o de realizar os objetivos

¹⁶³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Volume V – O orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1-2.

¹⁶⁴ BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 411.

¹⁶⁵ SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: RT, 1973. p. 703.

fundamentais da Constituição Federal.¹⁶⁶

Segundo destaca Piscitelli:

Seja na produção e fornecimento de bens e serviços públicos, seja atuando nas clássicas funções tendentes a promover o crescimento, a redistribuição e a estabilização, o Estado é o agente fundamental que, por meio de diferentes políticas, pode interferir decisivamente na atividade econômica de qualquer país.¹⁶⁷

Corroborando esse entendimento, Scaff ressalta que:

Como o Estado não cria recursos, mas apenas gerencia os que recebe da sociedade, é imperioso que haja uma correlação entre as metas sociais e os recursos que gerência, seja através de arrecadação própria ou de empréstimos obtidos junto ao mercado.¹⁶⁸

Atendendo a essa necessidade, o constituinte originário concebeu, no art. 165 da CRFB/88, um conglomerado de regras que orientam a atividade financeira do Estado. Entretanto, antes de adentrarmos efetivamente nos meandros orçamentários da atualialidade, convém discorrermos sobre ele, de forma sucinta, nos períodos históricos mais relevantes, sem a intenção, por óbvio, de esgotar ou inovar sobre o tema.

De início cumpre lembrar que, antes das revoluções liberais o Estado se confundia com a pessoa do soberano, que tudo podia por ser considerado o representante estatal.

Com as revoluções liberais, entre os séculos XVII e XVIII, que alteraram o foco da política vigente, passou-se a exigir que a instituição, majoração e duração dos impostos fossem autorizadas pelo povo, por meio de seus representantes. Surge então o orçamento.

Nas eras seguintes – séculos XIX e XX –, a teoria clássica referente ao orçamento foi desenvolvida, fazendo-se a diferenciação entre o orçamento como lei formal e como lei material: em sentido material o orçamento pode ser concebido como o ato jurídico que estipula regras de direito, e o orçamento como lei em sentido formal pode ser definido como um modo de manifestação da vontade do Estado, no que pertine à gestão financeira, se perfazendo em mero plano de gestão, sem referência ao conteúdo dessa vontade, vez que não contém norma jurídica¹⁶⁹.

¹⁶⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010. p. 177.

¹⁶⁷ PISCITELLI, Roberto Bocaccio; TIMBÓ, Maria Zulene Farias. *Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 18-20.

¹⁶⁸ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: HERING, Astrid; MARTINS Janete Rosa; BOFF, Salete Oro (Org). *Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas*, Temas de Direito Econômico e Tributário, Edi Uri, ano 5, n. 8, jun., 2006.

¹⁶⁹ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais – leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Editora Juruá, 2007. p.156.

Naquele período, o texto constitucional raramente tratava do sistema tributário e o Estado se mantinha afastado da vida dos cidadãos. As poucas atribuições estatais não geravam a necessidade de um amplo sistema tributário, contudo este modelo se mostrou inábil em manter o bom funcionamento do mercado e em aplacar as reivindicações dos necessitados, entrando em colapso.

Em meados do século XX percebe-se uma crise no Estado Fiscal Clássico e o orçamento enfrenta nova orientação econômica e política, de caráter intervencionista, majorando os impostos e as fontes de receita. O comportamento intervencionista gera consequências: aumenta os gastos públicos, acarretando um inchaço do setor público da economia e constituindo astronômicas dívidas públicas, bem como ocasiona uma sobrecarga ao setor produtivo em decorrência da elevada carga tributária. Deste modo, se o modelo liberal se colapsou diante da ausência que o caracterizava, o modelo intervencionista radical também não poderia se consolidar em virtude do sufocamento do setor produtivo.

Doravante, o Estado Democrático Fiscal é criado, fundado no ideal do equilíbrio orçamentário que regerá toda a atividade estatal a partir de então. As Constituições que se seguiram, buscando esse equilíbrio, passaram a explicitar princípios jurídicos que devem ser obedecidos no desenvolvimento das atividades econômicas do Estado (transparência, moralidade, economicidade, participação social, pluralismo de interesses, dentre outros¹⁷⁰). Concomitantemente, pretendem reduzir as desigualdades sociais e assegurar os direitos humanos.

O modelo de Estado atual contempla o orçamento com diversas funções, sendo uma delas o controle da Administração Pública, onde as atividades do Poder Executivo são limitadas, podendo realizar apenas as despesas autorizadas pelo Poder Legislativo. Ainda, hodiernamente, o conteúdo político do orçamento é mais amplo, impondo também limitações ao próprio legislador, que deve se ater ao disposto no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, além das novas delimitações traçadas pelo Poder Judiciário que anteriormente não possuía ingerência na seara orçamentária.

O orçamento tem igualmente função econômica, tencionando que o Estado preserve um equilíbrio orçamentário, não se permitindo que a despesa seja superior à receita. Para tanto, foi editado no ordenamento jurídico brasileiro a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que dispôs sobre os limites para os gastos públicos.

¹⁷⁰ A CRFB/88 propiciou a denominada “participação popular” com a criação dos “orçamentos participativos” que na prática se mostram como uma forma, daqueles que gozam do poder político e econômico, de legitimarem suas preferências e escolhas.

O mencionado equilíbrio orçamentário tornou-se indispensável em vista das demandas sociais abarcadas pelo Estado a partir da Constituição Federal de 1988.

O planejamento¹⁷¹ de gastos pelo poder público passou a ser exigido, não podendo haver despesas de forma desordenada, de maneira a transformar o Estado em agente impulsor e regulador do desenvolvimento social e econômico.

À vista disso, vigora nos dias atuais um Estado Democrático Fiscal que pode ser entendido como um Estado que projeta suas estratégias de efetivação de direitos sociais, desenvolvimento econômico e redistribuição de renda sem se descuidar do equilíbrio da economia. Daí decorre a importância da observação dos princípios e disposições orçamentárias pelo poder público, tendo em vista que representam um reflexo da postura assumida pelo Estado em face dos compromissos constitucionais.

Esses princípios orçamentários são diversos, mas os que mais evidenciam o papel do orçamento como mecanismo de concretização das políticas públicas são o da universalidade, da unidade, transparência e do equilíbrio.

De acordo com o princípio da universalidade, previsto expressamente no art. 165, § 5º da Constituição Federal, bem como no art. 6º da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, o orçamento deve prever todas as receitas, despesas, concessão de subsídios e subvenções e renúncia de receitas

De acordo com Silva:

O princípio da universalidade foi sempre considerado essencial a uma boa administração orçamentária. Sua formulação, como quase todos os princípios orçamentários, efetivou-se em nome do controle político das atividades financeiras.¹⁷²

Por sua vez, o princípio da unidade, expresso do mesmo modo no art. 165 da Constituição da República e no art. art. 2º da Lei nº 4.320/64, decorre do princípio da universalidade e reflete a necessária coordenação entre as normas orçamentárias, se

¹⁷¹ “Em qualquer campo da atividade humana, especialmente os que envolvam a produção de bens e serviços, seja propiciando a geração de riquezas, seja para o atendimento do interesse coletivo, é imprescindível a utilização do planejamento, no sentido de que possa haver uma utilização adequada e pertinente dos recursos materiais, humanos e financeiros e que possibilite uma ação racional, com mais eficácia e eficiência, para o atingimento dos objetivos propostos. Quando estas questões envolvem o Poder Público e a sociedade, tendo em conta a precariedade dos recursos para o atendimento do elevado grau das necessidades coletivas, com muito mais razão deve o Estado se utilizar do planejamento, a fim de poder investir e prestar melhores serviços, com uma aplicação mais inteligente dos seus recursos”. MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.52.

¹⁷² SILVA, José Afonso da. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais. *Revista da Academia de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 3, 2003. p. 146. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: dez. 2020.

apresentando sob duas perspectivas: a unicidade que deve existir entre o PPA, a LDO e a LOA, bem como a unidade no âmbito da própria LOA, que abrange o orçamento da Seguridade Social, o orçamento dos Poderes e o orçamento de investimento das estatais.

Sanches assim define o princípio da unidade:

Princípio orçamentário clássico, segundo o qual o orçamento de cada pessoa jurídica de direito público, de cada esfera de governo (União, Estados ou Municípios), deve ser elaborado com base numa mesma política orçamentária, estruturado de modo uniforme e contido num só documento, condenáveis todas as formas de orçamentos paralelos.¹⁷³

Já o princípio da transparência encontra-se previsto, de forma implícita, no artigo 165, §§ 5º e 6º da Constituição Federal, bem como no artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), que determina serem mecanismos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, os planos, os orçamentos e as leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

De modo implícito, também no artigo 165, §§ 5º e 6º da Constituição Federal e art. 4º da LRF, se encontra o princípio do equilíbrio, que dispõe sobre o nivelamento que deve existir entre receitas e despesas.

4.2 Organização do orçamento brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro prevalecem três leis orçamentárias que consubstanciam o planejamento estatal, vigorando o que se costuma chamar de tripartição do planejamento orçamentário: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). No entanto, deve-se observar que, apesar de formalmente o orçamento se espalhar por três documentos distintos, materialmente sua concepção é una, devendo essas leis se integrarem de forma congruentes e finalísticas.

Tais leis orçamentárias são de iniciativa vinculada do Chefe do Poder Executivo, nas três esferas de Governo, tendo ficado a cargo do art. 35, §2º do ADCT da Constituição da República a determinação dos prazos de remessa dos projetos ao Poder Legislativo.

¹⁷³ SANCHES, Osvaldo Maldonado. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. 2. ed. Brasília: Primas/OMS, 2004.

O PPA está previsto no art. 165, §1º da Constituição Federal e deve prever programas e metas governamentais de longo prazo. “É planejamento conjuntural para a promoção do desenvolvimento econômico, do equilíbrio entre as diversas regiões do país e da estabilidade econômica”.¹⁷⁴ Sua principal característica é a regulamentação sobre as despesas referentes a programas de duração continuada, coincidindo com os programas nacionais, regionais e setoriais dispostos no §4º do art. 165 da CRFB/88. É importante destacar que os investimentos com duração superior a mais de um exercício financeiro devem estar previstos no PPA, sob pena de crime de responsabilidade.

A materialização anual do PPA e a orientação da LOA ficam à cargo da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, nos termos do §2º do art. 165 da CRFB/88, que dispõe compreender à LDO as metas e prioridades da administração pública federal, estando incluídas as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, além de caber a ela orientar a elaboração da lei orçamentária anual, bem como dispor sobre as alterações na legislação tributária e estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

No entanto, críticas não faltam à LDO, sendo uma delas referente a sua iniciativa, que no Brasil é do Chefe do Poder Executivo, diferentemente dos países de onde ela foi importada, Alemanha e França, com regime de governo parlamentarista e LDO de iniciativa do parlamento. No caso brasileiro, a eleição das diretrizes prioritárias de governo, por intermédio da LDO, e a proposta de sua implementação, por meio da LOA, ambas realizadas pelo Chefe do Poder Executivo, poderiam reduzir em muito o debate que deve envolver o implemento das políticas públicas.

A Lei Orçamentária Anual – LOA, é o terceiro mecanismo exposto na Constituição Federal como modo de organizar a atividade financeira do Estado, cabendo-lhe consolidar, todos os anos, segundo o artigo 165, parágrafo 5º da CRFB/88, o planejamento realizado pelo PPA, de acordo com as diretrizes delimitadas na LDO.

Piscitelli, ao se referir a LOA, ensina que:

[...] essa lei, com base nas estimativas e autorização para a obtenção de receitas, fixa, até o encerramento da sessão legislativa, os gastos para o exercício seguinte. Este é o calendário previsto, tudo dentro de uma perspectiva de planejamento a médio prazo, com planos plurianuais nacionais, regionais e setoriais. E que o planejamento é uma forma de a sociedade, por meio de seus representantes e instituições, aferir suas potencialidades e limitações, coordenando seus recursos e esforços para realizar, por

¹⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Volume V – O orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 79.

intermédio das estruturas do Estado, as ações necessárias ao atingimento [sic] dos objetivos nacionais.¹⁷⁵

Entretanto, apesar da tripartição do planejamento orçamentário colocado à disposição do poder público para executar suas funções, o posicionamento majoritário¹⁷⁶ é de que as normas orçamentárias – PPA, LDO e LDO – são apenas autorizativas, isto é, se perfazem somente como mera orientação ao administrador público que pode ou não segui-las.

Em vista disso, se constituindo o orçamento meramente como ato autorizativo com forma de lei, concede-se à Administração a proeminência no planejamento orçamentário, ou seja, os gestores podem efetivar as despesas previstas no orçamento, mas a realização delas não é obrigatória somente pelo fato de estarem dispostas no orçamento¹⁷⁷. Existiria neste ponto um espaço de movimentação do administrador público, podendo agir, comissiva ou omissivamente, da forma que entender cabível.

Ricardo Lobo Torres aduz que a teoria de que o orçamento é lei formal, que somente “prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, é, a nosso ver, a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro”¹⁷⁸.

No entanto, parcela considerável da doutrina tem entendimento diverso, no sentido de que as determinações do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, nesta ordem, devem ser observadas, em atenção à regulamentação do constituinte originário:

O plano plurianual de que faz menção o legislador não cuida somente de meras sugestões desenvolvimentistas, mas impõe ao Poder Público limites a sua atuação intervencionista e parâmetros à programação que implique despesas e receitas, vinculadas a mais de um exercício. Por essa razão, tais planos, por serem mais amplos, prevalecem sobre as leis orçamentárias anuais naquilo em que cuidar da mesma matéria, sendo a ordem de indicação do art. 165 preferencial.¹⁷⁹

Assim, tais preceitos constitucionais orçamentários devem ser respeitados, pois do contrário seria admitir que as normas constitucionais não tem qualquer eficácia, pois se

¹⁷⁵ PISCITELLI, Roberto Bocaccio; TIMBÓ, Maria Zulene Farias. *Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 18-20.

¹⁷⁶ PASCOAL, Valdeci Fernandes. *Direito financeiro e controle externo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 e TORRES, Ricardo Lobo. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Volume V – O orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁷⁷ PASCOAL, Valdeci Fernandes. *Direito financeiro e controle externo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 17.

¹⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Volume V – O orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 96.

¹⁷⁹ MARTINS. Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v.6, t II. São Paulo: Saraiva, 1991. p.184.

configurariam apenas em uma formalidade a ser satisfeita, que poderiam ser desconsideradas pela Administração Pública, invertendo-se a ordem piramidal do ordenamento jurídico brasileiro vigente.

Destaque-se o voto do Ministro Celso de Mello, constante no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS¹⁸⁰, seguido por diversos outros julgados¹⁸¹, ao afirmar:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente sob pena de o Poder Público [...] substituir de maneira ilegítima o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental.

Deste modo, é de se ressaltar que, se até mesmo as normas programáticas estão tendo sua eficácia confirmada, muito mais razão ainda para fazê-lo com referência aos preceitos constitucionais orçamentários, em relação aos quais não há necessidade de regulamentação por parte do legislador.

Por essa razão, o orçamento deve ser entendido como lei no sentido material, justamente por possuir “implicações claras com todos os cidadãos, em geral, e com os sujeitos econômicos em particular, sendo possível mesmo delimitar os contornos de efeitos jurídicos muito concretos que lhe são próprios”¹⁸². Em síntese, esses impactos decorrem, na vida dos indivíduos, da forma como os gastos públicos serão efetuados.

Outrossim, o orçamento não se encerra em si, mas representa um mecanismo para a consecução de determinadas finalidades estabelecidas pela CRFB/88 como mais relevantes, constantes do seu art. 3º e em outros dispositivos dispersos pelo texto constitucional, com destaque para a efetivação do direito à saúde, previsto no art. 196.

Para a execução das metas consideradas primordiais, a própria Constituição Federal delimitou percentuais de recursos públicos a serem destinados àqueles objetivos específicos, a exemplo das Emendas Constitucionais 14/1996, 17/1997, 27/2000 e 29/2006, que ao vincularem receitas públicas a fundos determinados, restringem a liberdade do administrador e engessam o orçamento¹⁸³.

¹⁸⁰ RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁸¹ RTJ 171/326-327, Rel. Min. Ilmar Galvão - RE 195.192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio – RE 198.263/RS, Rel. Min. Sydney Sanches - RE 237.367/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa – RE 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão – RE 246.242/RS, Rel. Min. Néri Da Silveira - RE 279.519/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, v.g.

¹⁸² XAVIER, António Lobo. *O orçamento como lei: contributo para o compreensão de algumas especificidades do Direito Orçamental Português*. Coimbra: Boletim de Ciências Económicas. vol. 33, 1990. p. 103.

¹⁸³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Volume V – O orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 79.

Isso significa que, ao menos uma parcela do orçamento se mostra vinculada, não sendo permitida a discricionariedade administrativa se sobrepor às determinações constitucionais.

É certo que os funcionários administrativos devem cumprir as metas previstas na programação orçamentária, e não o podem fazer livremente, mas nos termos e limites fixados na lei de orçamento. Não podem deixar de cumprir as atividades e projetos constantes da lei de orçamento, sem razão justificativa para tanto, ou com a simples justificativa de não serem obrigados a executá-los, porquanto a lei não lhes dá mais do que autorização para isso, ficando sua efetivação dependendo de sua vontade exclusivamente.¹⁸⁴

Robustece a ideia de que parcela do orçamento é vinculada o dado de que cerca de 90% dos recursos orçamentários tem destinação obrigatória, não permitindo que exista margem para quem realize a programação orçamentária¹⁸⁵.

A par das vinculações constitucionais e de outras assentadas em instrumentos diversos, não há como perpetuar a concepção de que o orçamento é apenas autorizativo. Existe posicionamento¹⁸⁶, inclusive, de que a Lei de Responsabilidade Fiscal tenha introduzido no Brasil o orçamento impositivo, visto que a única hipótese justificável para a não implementação integral do orçamento decorreria da dificuldade com o alcance das metas fiscais, sendo que nos demais casos a execução dos créditos orçamentários seria obrigatória.

A estipulação de objetivos pela CRFB/88, a serem desempenhados por intermédio do orçamento, demonstra a índole extrafiscal das finanças públicas e a insustentabilidade da suposta neutralidade do orçamento. Aliás, tendo a Constituição Federal estabelecido que a atividade estatal não é mais neutra e sim intervencionista¹⁸⁷, vez que é voltada para o alcance das finalidades da República, não pode o orçamento se afastar dessa postura. Assim, o caráter do orçamento tem, ou deverá ter, um aspecto redistributivo, o que significa dizer que o princípio da legalidade, garantidor da legalidade formal, sofreu mitigação com a função extrafiscal dos tributos.

É de se reconhecer, desta maneira, por expressa previsão constitucional, que os instrumentos orçamentários (PPA, LDO e LOA) tem por objetivo a efetivação de certas finalidades e para obtê-las estipulam primazias a que deve observância o Estado. Essas prioridades estão presentes no texto constitucional e não podem ser obliteradas.

¹⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: RT, 1973. p.272.

¹⁸⁵ LIMA, Edilberto Carlos Pontes. *Algumas observações sobre o orçamento impositivo no Brasil*. Cadernos Aslegis n° 25, jan. 2005.

¹⁸⁶ *Idem*.

¹⁸⁷ XAVIER, António Lobo. *O orçamento como lei: contributo para o compreensão de algumas especificidades do Direito Orçamental Português*. Coimbra: Boletim de Ciências Económicas. vol. 33, 1990. p. 85.

Já em relação às vias para se atingir as finalidades estatais, estas podem ser estabelecidas de duas formas: explícita, por meio da fixação de percentuais de recursos destinados a um fim determinado, como acontece com a saúde; e implícita, sem a vinculação de receitas, mas podendo também, neste caso, ser citado o direito à saúde como exemplo, tendo em vista que os percentuais a serem aplicados são considerados mínimos, devendo o poder público empreender mais recursos para a concretização do direito garantido constitucionalmente. Por essa razão é que, neste último caso, diz-se que o administrador também tem o dever de cumprir o direito tutelado e considerado prioritário, mesmo que não haja, para isto, a pré- fixação do *quantum* a ser utilizado.

Por tudo isso é que a legislação orçamentária deve ser concebida como norma de conduta prospectiva, com natureza formal e material, concomitantemente, pois regulamentam a exigibilidade de efetivação dos direitos e das atividades incluídas nas políticas públicas, bem como a forma de justaposição dos recursos públicos e de implementação de tais direitos fundamentais sociais ou dessas políticas. A unção da eficácia das normas materiais constitucionais e infraconstitucionais com as leis orçamentárias é que serve de fundamento jurídico para a postulação judicial de direitos quantificados pelas leis financeiras.

Desse modo, é factível definir a quantificação e a qualificação dos deveres, em prestações materiais, do Estado para com os indivíduos, em atendimento aos direitos fundamentais sociais, respeitando-se as reais possibilidades econômicas, financeiras e orçamentárias. As normas constitucionais e legais estabelecem normas de conduta para a Administração Pública, por intermédio de princípios, políticas e regras, que adquirem *status* concretos quando delineados pelas leis orçamentárias¹⁸⁸.

O orçamento não se perfaz como simples formalidade, mas sim como poderoso mecanismo de intervenção do Estado, onde se demonstra o plano de ação governamental. Logo, é necessário compreender que o orçamento não é somente uma carta de intenções, que poderá ou não ser executada pelo administrador público, sendo certo se tratar de cumprimento obrigatório, ao menos no que se refere às prioridades constitucionais. Isto posto, o orçamento deve ser reputado como norma que orienta, de forma geral, o gasto público e, conseqüentemente, as políticas públicas a serem perfilhados pelo poder público.

¹⁸⁸ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais – Leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Editora Juruá, 2007. p.158.

4.3 Controle sobre o orçamento público brasileiro e as ilações de um controle ineficiente

Da análise da realidade sobre a prestação dos serviços públicos, de modo geral, e das execuções de obras públicas no Brasil, percebe-se que o gasto público acontece de forma desordenada, sendo possível afirmar, por conseguinte, que o modo de controle hodiernamente empregado é insatisfatório, ocorrendo de maneira apenas formal. Pode-se constatar, ainda, que o emprego irregular das verbas públicas advém, especialmente, da ausência de fiscalização dos órgãos públicos competentes, bem como da inércia de toda a sociedade que se mantém afastada dessa seara, seja pelo fato do tema ser de difícil acesso, seja pela ideia errônea de que o dinheiro público não tem proprietário específico.

Sendo o orçamento, como já visto, um instrumento para a efetivação das finalidades do Estado, não se pode afirmar sobre sua neutralidade, existindo inclusive vinculação de percentuais de recursos para a realização dos intentos estatais. Isto porque subsiste uma íntima relação entre os direitos fundamentais e as finanças públicas, onde os primeiros dependem do equilíbrio da atividade financeira do Estado para serem concretizados¹⁸⁹.

Em razão disso, a CRFB/88 instituiu um controle mais abrangente do orçamento, permitindo sua fiscalização formal (legalidade), material (economicidade) e moral (legitimidade)¹⁹⁰, tendo sido esta última instaurada para permitir uma releitura das duas primeiras formas de inspeção: a legalidade extravasa os limites meramente formais, supervisionando também as garantias dos direitos fundamentais; a fiscalização material atravessa, inevitavelmente, o cumprimento do princípio da igualdade entre os sujeitos; e o controle moral se constitui na própria fundamentação ética da atividade financeira.

Entretanto, ainda se mostra muito preambular o controle do orçamento sob a ótica dos direitos fundamentais, preponderando a fiscalização contábil, eminentemente técnica, menosprezando-se a notabilidade do orçamento para a efetivação desses direitos, sendo imprescindível que as formas clássicas de controle do orçamento sejam revistas, assim como é necessária a inclusão de novos instrumentos de fiscalização, de modo que a atividade financeira estatal ocupe o lugar que lhe foi endereçado pela CRFB/88: orientadora da efetivação dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Para que esse controle se torne mais intenso é preciso que haja uma alteração de postura de cada um dos Poderes da República, sempre norteadas pela Constituição Federal.

¹⁸⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Volume V – O orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 238-239.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p.275.

Ao Poder Legislativo caberia, em dados momentos, disciplinar de forma meticulosa sobre as atuações que devam ser executadas de imediato, diante de sua essencialidade e prioridade para o Estado, como foi o caso da Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996, que estabeleceu o amparo aos portadores de HIV e doentes de AIDS como prioridade de governo. Em tais casos, se o administrador não efetuasse os atos para a implementação do programa de governo, caberia ao Poder Judiciário a adoção de medidas que poderiam variar desde a ordem de abertura de créditos suplementares até o bloqueio de verbas estatais que seriam destinadas ao programa especificado pelo legislador¹⁹¹. Em outras ocasiões poderá ainda o Legislativo conceder maior liberdade ao Poder Executivo, podendo ainda aglutinar previsões gerais e específicas¹⁹².

Quanto ao Executivo, imprescindível deve ser sua compreensão no sentido de que toda a atividade financeira do Estado, no que diz respeito à gasto público, deve ser orientada nos termos do orçamento e, ainda, a execução orçamentária deve ser pautada em conformidade com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Esses atos administrativos, uns de natureza vinculada, outros discricionários, darão cumprimento ao orçamento, necessitando serem praticados em obediência à legalidade e aos ditames do art. 37 da CRFB/88.

Os instrumentos de controle empregados pelo Judiciário na apreciação do orçamento se materializam pelos controle direto de constitucionalidade, controle difuso de constitucionalidade e controle de legalidade.

Como já dito, em um Estado Democrático de Direito a lei orçamentária não pode ser observada apenas em seu aspecto formal. Com a nova roupagem assumida pelo orçamento após o advento da Constituição de 1988, passou ele a se constituir de regras gerais que disciplinam a postura estatal na condução da atividade financeira, tendo assumido o direcionamento dos gastos públicos para o alcance dos objetivos constitucionais prioritários. Deste modo, sendo os dispositivos orçamentários dotados de abstração e generalidade, se mostra possível a realização de controle direto de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal - STF.

Neste sentido, o STF vem reconhecendo a possibilidade das normas orçamentárias serem objeto de controle concentrado de constitucionalidade:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO
EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE

¹⁹¹ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2008. p. 854. Neste mesmo sentido é a decisão do TRF da 4ª Região.

¹⁹² *Ibidem*, p. 261.

LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. (...) II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (...) (STF, ADI- MC 4048/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, Data do Julgamento 14/05/2008)¹⁹³

Do mesmo modo, sendo admitido o controle concentrado das normas orçamentárias pelo STF, também não há objeção para a realização da análise de compatibilidade destas normas com a Constituição Federal, a ser realizada por qualquer juízo diante da arguição de contrariedade da disposição orçamentária em face da CRFB/88. E ainda, se é possível ao Poder Judiciário apreciar a constitucionalidade das leis orçamentárias, também é permitido fazê-lo quando o objeto impugnado for ato executório do orçamento.

Desta maneira, a alegação de que qualquer interferência do Judiciário em temas orçamentários conduziria a uma violação à livre administração executiva das finanças públicas não pode prosperar, isso porque a própria Constituição da República delimitou prioridades que devem ser obedecidas.

As finalidades da República, como já dito, estão diretamente relacionadas ao correto controle orçamentário. Entretanto, o monitoramento do orçamento no Brasil tem se mostrado deficitário. Aliás, dentre as causas para o desvio de valores públicos, a falta de controle sobre a forma como esses montantes são empregados é o ponto crucial, se originando daí os problemas sociais referentes às políticas públicas, as quais deveriam ser realizadas pelo poder público, mas não o são – pelo menos de maneira satisfatória –, com reflexos negativos para a maior parte da população.

Por conseguinte, em decorrência da baixa qualidade da prestação de políticas públicas brasileiras, teve início um fenômeno que foi denominado “judicialização de políticas públicas”, que consiste na efetivação dos direitos sociais, garantidos na Constituição Federal, pelo Poder Judiciário.

Deste modo, no anseio de solver as celeumas postas a sua apreciação, os membros do Poder Judiciário passam a implementar as medidas que consideram necessárias para solucionar os casos concretos e o fazem substituindo o Poder Executivo, que é o responsável por eleger as

¹⁹³ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADIn 2.925-DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Relator para o Acórdão Ministro Marco Aurélio. DJ: 11/12/2003. STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 63/AP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 11/02/2005.

prioridades nas quais o dinheiro público deve ser empregado. Acontece que o problema não se resume somente acerca de qual Poder irá eleger a forma como os valores devem ser dispendidos, advindo também, e principalmente, do inadequado controle do gasto público. Desta feita, caso a ausência de controle na alocação da verba pública persista, os problemas continuarão existindo e os resultados permanecerão insatisfatórios, independentemente de qual ente esteja a cargo de empregar os recursos.

4.4 Limitações orçamentárias impostas à saúde pela Emenda Constitucional nº 95/2016 e seus reflexos sociais

Em 15 de junho de 2016, o Poder Executivo, então chefiado pelo Presidente Michel Temer, apresentou ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº 241 – PEC 241, que após aprovação deu origem à Emenda Constitucional nº 95, promulgada em 15 de dezembro de 2016.

A referida Proposta de Emenda fez parte de um pacote de severas alterações programáticas e estruturais sobre a nação brasileira, sob a alegação da necessidade de contornar a crise existente e retomar o desenvolvimento econômico. Para tanto, a PEC 241 tinha como ementa a alteração do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para a instauração de um Novo Regime Fiscal, no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, tendo por objetivo o estabelecimento de limites ao crescimento da despesa primária da União, vigorando por vinte exercícios financeiros, a serem contados a partir de 2017.

De acordo com a EC 95, para o exercício de 2017 o limite equivalerá à despesa primária realizada no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar quitados e outras operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento). Tal porcentagem tinha correspondência com o índice de inflação esperado para o ano de 2016 e registrado no projeto da LDO de 2017. Para os exercícios ulteriores os gastos se limitarão aos do ano imediatamente anterior, corrigidos pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou de outro índice que venha a porventura substituí-lo, para o período de doze meses encerrado no mês de junho do exercício anterior a que faz referência a lei orçamentária.

A duração desse novo regime fiscal é de 20 anos, ou seja, até o ano de 2036 a despesa primária ficará congelada no mesmo patamar de 2016¹⁹⁴. Ainda, o art. 103, incluído ao ADCT

¹⁹⁴ DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *PEC nº 241/2016: o novo regime fiscal e seus possíveis impactos*. Nota Técnica, set. 2016, n. 161. Disponível em:

pela EC 95, prevê a aplicação de penalidades para o descumprimento desse limite de gastos. Já o art. 102 faz exclusões ao limite instituído:

Não serão incluídas no limite estabelecido, apenas, as transferências constitucionais para os estados, o DF e/ou municípios; o crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes; as despesas com a realização de eleições pela Justiça Eleitoral; outras transferências obrigatórias derivadas de lei que sejam apuradas em função de receitas vinculadas; e despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes.¹⁹⁵

A Emenda Constitucional 95 alterou a vinculação entre receitas e despesas públicas, sensibilizando os gastos mínimos pelo poder público, no âmbito da saúde e da educação, estabelecidos anteriormente no texto constitucional.

Na esfera da saúde, temos que o art. 3º da EC 95 revogou o art. 2º da EC 86, de 17 de março de 2015, antecipando para o exercício de 2017 a incidência do percentual de 15% da Receita Corrente Líquida – RCL, que só se efetivaria no ano de 2020. A razão é que a EC 86 revogada alterava o artigo 198, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, dispondo que a União aplicasse sobre a saúde recursos mínimos advindos de percentuais calculados sobre a receita corrente líquida do referido exercício financeiro, não permitindo que fosse inferior a 15%, e, também, estipulando que esses 15% seriam implementados de forma progressiva: 13,2% da receita corrente líquida em 2016, primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional; 13,7% em 2017, e assim sucessivamente, até atingir o percentual de 15% no ano de 2020.

Segundo o disposto na EC 95, os gastos mínimos a serem executados com a saúde, até o ano de 2036, serão equivalentes aos realizados em 2017, no percentual mínimo de 15% da RCL, somado ao reajuste pelo IPCA, o que acarretaria, segundo o DIEESE, na petrificação dos gastos para os investimentos nas áreas sociais fundamentais, com consequências para o desenvolvimento de políticas públicas para toda a coletividade, visto que “atualmente, já é comum que os governos tratem as vinculações constitucionais para a saúde e a educação como limites máximos de despesa, e não enquanto patamar mínimo de investimento, que é o que são”¹⁹⁶.

No entanto, Ernesto Lozardo, defendendo a edição da EC 95, assevera que o congelamento estabelecido diz respeito ao valor mínimo dos gastos públicos a serem efetuados

<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2016/notaTec161novoRegimeFiscal.pdf>. Acesso em: dez. 2020.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 8-9.

¹⁹⁶ DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *PEC nº 241/2016: o novo regime fiscal e seus possíveis impactos*. Nota Técnica, set. 2016, n. 161. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2016/notaTec161novoRegimeFiscal.pdf>. Acesso em: dez. 2020. p. 9

nas searas da saúde e da educação, nada impedindo que o poder público fixe despesas acima desse mínimo estipulado.¹⁹⁷

Afirma ainda o autor que, com o gasto mínimo vinculado ao dinamismo da receita, nas circunstâncias em que esta estiver crescendo abaixo da inflação, como tem ocorrido nos últimos anos, o gasto mínimo fica defasado.

Por fim, Lozardo tece outros argumentos em favor da então PEC 241:

[...] o atual critério obriga a expansão dos gastos com saúde de forma acelerada nos momentos de rápido crescimento da receita. Isso, muitas vezes, leva a aumentos de gastos mal planejados, apenas com a finalidade de cumprir a regra do gasto mínimo. Não obstante, nos períodos de bonança são construídos novos hospitais e contratados servidores. Quando surge uma recessão, a receita cai e não há recursos para fazer a manutenção e o custeio das novas instalações ou pagar a folha. Trata-se de um padrão pró-cíclico (cresce quando a economia está crescendo e vice-versa) e pouco eficiente de gestão. Resumindo, referenciar o gasto mínimo à inflação gera um padrão menos volátil e mais previsível de despesa mínima, permitindo melhor planejamento e controle da despesa nesse setor fundamental.¹⁹⁸

Em sentido oposto, Vieira e Benevides aduzem que a então Proposta de Emenda à Constituição, ora EC 95, peca ao não considerar a incorporação das taxas de crescimento da economia, e conseqüentemente, da arrecadação do governo federal, ao gasto com saúde e educação¹⁹⁹. Isto porque, como reflexo do congelamento, quanto mais altas as taxas de crescimento do Produto Interno Bruto, maior será o declínio da relação dos gastos com saúde e educação em face do PIB.

Além disso, o que se percebe, segundo dados do DIEESE²⁰⁰, é que o aumento da receita corrente líquida, sobre a qual recai a despesa com saúde, na maior parte das vezes se mostra historicamente bem superior ao valor da inflação, diminuindo de forma notável exclusivamente em épocas de crises, que por sua vez ocorreram poucas vezes desde 2001, não podendo assim servir como parâmetro ou argumento em favor do congelamento de gastos em saúde e educação por um longo período de 20 anos.

Ao analisar os argumentos do IPEA a favor da PEC 241, Matsushita e Cavalcanti afirmam ser constestável a existência de uma expansão, de forma acelerada, dos gastos com

¹⁹⁷ LOZARDO, Ernesto. *O impacto do novo regime fiscal para o financiamento da saúde*. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 14 out. 2016. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content &view=article&id=28722](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28722). Acesso em: dez. 2020.

¹⁹⁸ *Idem*.

¹⁹⁹ VIEIRA, Fabiola S.; BENEVIDES, Rodrigo P. de S. e. *Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à Saúde no Brasil*. Nota Técnica, 28. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Set. 2016, p. 9. Disponível em: www.ipea.gov.br. Acesso em: dez. 2020.

²⁰⁰ *Idem*.

saúde em épocas de repentino aumento da receita:

A receita raramente adquire uma evolução que se possa dizer rápida o bastante e pela qual se possa deduzir uma suposta condição *sine qua non* de um “aumento de gastos mal planejados”. O planejamento dos gastos orçamentários evidentemente tem que ser realizado de maneira racionalizada e com base na ponderação das necessidades prementes do país. Porém, o que se discute com a alteração dos critérios de vinculação da receita corrente líquida em face da saúde e da receita líquida de impostos em face da educação não é o planejamento de como será realizado o gasto, mas sim a prévia necessidade de dotação substancial de gastos para setores que, como o próprio Ipea está ciente, são fundamentais. É também evidente que a forma com que os gastos são alocados deve ser planejada. Só que, no momento em que a Constituição Federal estabelece valores mínimos percentuais de alocação de recursos, o interesse é justamente que esses setores “fundamentais” não sejam submetidos ao legislativo ou ao executivo por decisões sujeitas à plena discricionariedade, ou até a situações de crise que são claramente passageiras, e que podem ser combatidas por outras políticas que não firam gravemente os objetivos constitucionais de universalização da educação e da saúde públicas de qualidade.²⁰¹

Em vista disso, nota-se que as alterações oriundas da EC 95 interferirão de forma negativa nas mais variadas vertentes dos programas sociais.²⁰² Isto porque, como visto, a EC 95 representa um rompimento no crescimento dos investimentos públicos na área de educação e saúde, na contramão do compromisso constitucional assumido pelo Estado Democrático de Direito brasileiro de diminuir as desigualdades econômicas e sociais, que inclui, por óbvio, na prestação de serviços de saúde e educação de qualidade a toda população, especialmente aos menos favorecidos.

Com o mesmo entendimento, Matsushita e Cavalcanti continuam:

Submeter esses direitos sociais ao congelamento das despesas primárias por 20 anos é a proposta de um governo em deixar de garantir condições para salvaguardar educação e saúde consoante os mandamentos normativos brasileiros, o que não merece prevalecer por observação das normativas constitucionais e por dedução lógica sob as análises políticas, econômicas e jurídicas aqui levantadas. Outrossim, vale salientar que de forma nenhuma descarta-se a necessidade de medidas em médio e longo prazo, ou inclusive medidas extraordinárias, para a manutenção de um substantivo superávit primário para o pagamento dos juros da dívida pública. Porém, essas medidas devem ser dotadas conjuntamente de constitucionalidade e de critérios estabelecidos politicamente que proporcionem de forma efetiva a condução da economia para esse patamar de destino, sem, contanto, comprometer drasticamente direitos fundamentais sociais conquistados a duras penas pela população brasileira.²⁰³

²⁰¹ MATSUSHITA, Thiago Lopes; CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. A proposta do estado brasileiro para o desenvolvimento econômico nacional em face da Emenda Constitucional nº 95 e seus reflexos na saúde e na educação. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 9, nº17, jan-abr. 2017. p. 109-110.

²⁰² DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *PEC nº 241/2016: o novo regime fiscal e seus possíveis impactos*. Nota Técnica, set. 2016, n. 161. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2016/notaTec161novoRegimeFiscal.pdf>. Acesso em: dez. 2020. p. 9.

²⁰³ MATSUSHITA, Thiago Lopes; CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. A proposta do estado brasileiro para o desenvolvimento econômico nacional em face da Emenda Constitucional nº 95 e seus reflexos na saúde e na educação. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 9, nº17, jan-abr. 2017. p. 102-103.

Sendo assim, considerando as limitações orçamentárias impostas à saúde e à educação pela EC 95, é de se concluir por sua violação aos pressupostos constitucionais garantidores de vida digna aos brasileiros.

4.5 Conceito de reserva do possível e a relevância das leis orçamentárias para o alcance das prioridades econômicas e sociais da saúde

Considerando que a efetivação dos direitos sociais exige uma atuação positiva por parte do Estado e esta, como já dito alhures, impescinde custos, se mostra necessário examinar o corriqueiro argumento lançando pelo poder público para justificar a não concretização de tais direitos, especificamente o direito à saúde, qual seja, a reserva do possível.

Mesmo que uma parcela significativa dos recursos públicos tenha vinculação constitucional às demandas referentes à saúde, fato é que o predomínio da amplitude prestacional dos direitos sociais obstaculiza sua satisfatória efetivação. E a reserva do possível representa exatamente a ideia de que não se pode exigir do Estado além daquilo que é possível financeiramente.

A reserva do possível busca verificar o fenômeno econômico da limitação de recursos disponíveis frente às exigências de grande escala a serem supridas por eles.

Conforme aduz Miranda:

[...] a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à organização económica. Depende, também, e sobretudo, dos próprios factores económicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros.²⁰⁴

Gustavo Amaral destaca que a reserva do possível não se confunde com a reserva do orçamento, consistindo esta última na necessidade de respeito, pelo Poder Judiciário, das regras de direito orçamentário.²⁰⁵ De fato, enquanto a reserva do possível se refere à escassez de recursos para custear despesas, independentemente da alocação orçamentária, se perfazendo em um óbice fático-financeiro, a reserva do orçamento é um empecilho jurídico, dizendo respeito à existência de norma de direito financeiro que contingencia o importe de recurso público

²⁰⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 348.

²⁰⁵ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005. p. 138.

atribuído àquela finalidade, não sendo permitido utilizar a previsão orçamentária referente ao direito fundamental social para finalidade diversa.

A origem da concepção de reserva do possível remonta a um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1972. Na hipótese debateu-se a conformidade de dispositivos de leis estaduais alemãs que restringiam o acesso ao curso de medicina em face da garantia à liberdade na escolha da profissão disposta na Lei Fundamental Alemã.²⁰⁶ Ficou decidido que a prestação exigida pelo Estado deve ser correspondente ao que o sujeito pode exigir razoavelmente da sociedade, de maneira que não seria concebível impor ao poder público o dever de proporcionar o curso de medicina a todos os interessados.

No Brasil, a doutrina faz críticas à importação da reserva do possível pelo ordenamento nacional, porquanto a distinção socioeconômica entre os dois países. Nesse sentido, Krell ressalta:

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.²⁰⁷

Ainda, a doutrina não é unânime quanto à relação existente entre a reserva do possível e o mínimo existencial, neste último incluído o direito à saúde.

Galdino atesta que a reserva do possível integraria os direitos fundamentais, e a míngua de recursos financeiros não se consistiria em um elemento de restrição à concretização desses direitos, mas sim uma condicionante da existência do próprio direito.

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita.²⁰⁸

²⁰⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Dissertação (Mestrado em Direito do Setor de Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 229. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>. Acesso em: dez. 2020.

²⁰⁷ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 108-109.

²⁰⁸ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 188.

Com o mesmo pensamento, Amaral e Melo atestam que “a escassez faz parte da definição, da delimitação em concreto do próprio direito”, de modo que, continuam, “a chamada 'reserva do possível' é elemento integrante”²⁰⁹.

A doutrina majoritária, todavia, entende que a aplicação da reserva do possível encontra limite em face dos direitos referentes ao mínimo existencial.

Com esse posicionamento, Sarlet e Figueiredo aduzem que a reserva do possível não pode ser enquadrada como elemento integrante dos direitos fundamentais, se consubstanciando, deveras, em espécie de limite fático e jurídico e, em determinados casos, verdadeira garantia:

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constituiu, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.²¹⁰

Os autores prosseguem asseverando que a reserva do possível não pode servir de respaldo para obstar a efetivação de um direito quando este estiver relacionado ao mínimo existencial do indivíduo.

[...] em matéria de tutela do mínimo existencial [...] há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direitos e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas.²¹¹

Salientam também que são insignificantes as questões relativas à reserva do possível, caso sejam verificadas, no caso concreto, a necessidade real da prestação pretendida e a verídica relação com o mínimo existencial, tudo por intermédio de instrução probatória submetida ao devido contraditório.

²⁰⁹ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 101.

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30.

²¹¹ *Ibidem*, p. 42-43.

Por seu turno, Torres afirma que a proteção do mínimo existencial não está subjugada à reserva do possível, tendo em vista que os direitos se apresentam nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.).²¹²

Barcellos assume uma postura mais severa em relação à definição da concepção de mínimo existencial. A autora entende que o mínimo existencial representa o conteúdo nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana, que, por essa razão, deve ser justaposto como uma regra, sem margem para ponderações:

[...] uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites.²¹³

Sustenta, ainda, que é possível a convivência entre a reserva do possível e o mínimo existencial, mas antes devem ser efetivadas as demandas referentes a esse mínimo, para somente então se discutir sobre a alocação dos recursos públicos sobrepujantes:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que

²¹² TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81-82.

²¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 252.

outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.²¹⁴

Já Emerson Garcia declara que somente pode predominar a reserva do possível em relação ao mínimo existencial se for comprovada a total impossibilidade fática, isto é, a absoluta inexistência de recursos, sucumbindo, contudo, frente à mera falta de previsão orçamentária.

Tratando-se de impossibilidade jurídica, o que decorreria não da ausência de receita, mas da ausência de previsão orçamentária para a realização da despesa, deverá prevalecer o entendimento que prestigie a observância do mínimo existencial. Restando incontroverso o descompasso entre a lei orçamentária e os valores que integram a dignidade da pessoa humana, entendemos deva esta prevalecer, com o consequente afastamento do princípio da legalidade da despesa pública.²¹⁵

Em tais circunstâncias, segundo Garcia, o Poder Judiciário poderia autorizar a execução dos gastos, com fundamento na razoabilidade e ponderação, competindo ao Poder Executivo realocar despesas para a concretização dos direitos.

Como desdobramento do que vem de ser dito, poderá o Poder Judiciário, a partir de critérios de razoabilidade e com a realização de uma ponderação responsável dos interesses envolvidos, determinar a realização dos gastos na forma preconizada, ainda que ausente a previsão orçamentária específica. Caberá ao Poder Executivo, nos limites de sua discricção política, o contingenciamento ou o remanejamento de verbas visando a tornar efetivos os direitos que ainda não o são.²¹⁶

Em se tratando da reserva do possível, insta destacar a decisão exarada pelo Ministro Celso de Mello, do STF, em Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, em que se discutia o veto presidencial a artigo da LDO de 2003 (Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003), que afastava o estabelecimento constitucional de percentuais mínimos para o emprego de verbas públicas em gastos com a saúde. Na referida situação, embora a ADPF tenha sido arquivada pela perda superveniente de objeto, tendo em vista que após a propositura da demanda o Poder Executivo recuou e encaminhou um projeto de lei reproduzindo o preceito anteriormente vetado, foram realizadas diversas ponderações importantes:

²¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 252.

²¹⁵ GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>. Acesso em: dez. 2020.

²¹⁶ *Idem*.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da Liberdade de Conformação do Legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘Reserva do Possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo substancializador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).²¹⁷

Analisando o tema tratado o Ministro Celso de Mello explicitou que:

[...] a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente auferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.²¹⁸

Consistindo o orçamento em um mecanismo para a concretização das metas estatais, evidente é a relevância das leis orçamentárias para o alcance das prioridades econômicas e sociais da saúde, a considerar que as normas orçamentárias proporcionam o equilíbrio da atividade financeira do poder público, possibilitando a efetivação das primazias constitucionais.

²¹⁷ STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 4/05/2004.

²¹⁸ *Idem.*

5 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, foi instituído no Brasil o Sistema Único de Saúde – SUS, ensejando um mecanismo de corresponsabilidade entre os entes públicos, com o objetivo de oferecer a toda a população o acesso integral, universal e gratuito aos serviços públicos de saúde.

Para além da democratização da saúde, acessível anteriormente a apenas alguns grupos da sociedade, a implantação do SUS também representou uma mudança na concepção de saúde no país. As políticas públicas referentes à saúde, implementadas antes do surgimento SUS, se resumiam às ocorrências de enfermidades, se atentando para um cenário de não-doença. Com o advento do Sistema Único de Saúde, a saúde passou a ser promovida e o planejamento das políticas públicas inclui a prevenção dos agravos.

Mesmo com inúmeras deficiências, como falhas na gestão e falta de recursos, o SUS é considerado por muitos como um dos maiores e melhores sistemas de saúde do mundo, beneficiando quase a totalidade da população brasileira. Os atendimentos abrangem diversas vertentes, indo desde consultas médicas, odontológicas e psicológicas, passando por simples procedimentos ambulatoriais, exames e internações, até atingir atendimentos de alta complexidade, como cirurgias e transplantes de órgãos. Ainda, são promovidas pelo SUS campanhas de vacinação, bem como ações de vigilância sanitária, como registro de medicamentos e fiscalização de alimentos.

Esse Sistema Único de Saúde atual, apesar de ter origem expressa na Constituição de 1988, tem raízes mais profundas, tendo sido desenvolvido, paulatinamente, no decorrer da história da seguridade social no Brasil.

5.1 Leis estruturantes e princípios fundamentais do Sistema Único de Saúde

O marco inicial da Previdência Social no Brasil ocorreu no ano de 1923 com a promulgação da Lei Eloy Chaves, sancionada pelo então presidente Arthur Bernardes, tendo sido instituídas as Caixas de Aposentadorias e Pensões – CAP, para atendimento de trabalhadores de determinadas empresas, financiadas pelos empregados e pelos empregadores.

Sete anos depois, em 1930, foi criado o Ministério da Educação e Saúde – MESP, sendo-lhe atribuída a responsabilidade pela saúde pública, excluídos todos os demais assuntos relacionados à medicina previdenciária, que eram afetos ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Cabia ao MESP a prestação de serviços para os denominados pré-cidadãos, ou seja,

as pessoas que não eram seguradas da previdência social: os pobres, os desempregados e aqueles que exerciam atividades informais.

As Caixas de Aposentadorias e Pensões – CAP, beneficiavam poucas categorias profissionais, razão pela qual, em 1933, foi criado o primeiro Instituto de Aposentadoria e Pensões – IAP, inicialmente para a classe dos Marítimos, seguindo-se o dos Comerciários, depois o dos Bancários, Industriários e de outras categorias nos anos seguintes. Os IAPs beneficiavam trabalhadores de categorias profissionais, sendo financiados pelos empregados, pelos empregadores e pelo governo.

No ano de 1953 teve origem o Ministério da Saúde, criado por intermédio da Lei nº 1.920, de 25 de julho 1953, ao qual, segundo a inteligência de seu art. 1º, ficaram destinados os problemas atinentes à saúde humana.

Os Institutos de Aposentadoria e Pensões – IAPs, se unificaram em 1966, resultando na criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, passando a reunir todas as espécies de trabalhadores, sendo igualmente financiado pelos empregados, pelos empregadores e pelo governo.

No mês de julho de 1975 foi editada a Lei nº 6.229, que passou a dispor sobre a organização do Sistema Nacional de Saúde – SNS.

Após dois anos, em 1977, a Lei nº 6.439, de 1º de setembro, criou o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, autarquia federal, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS, delimitando um novel contorno institucional para o sistema previdenciário, volvido para a especialização e integração de suas distintas atividades e instituições. Nesse novo sistema ocorreu a transferência de parte das funções do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, para duas novas instituições: ao INAMPS foi atribuída a assistência médica aos segurados; e ao Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS, coube a gestão financeira. O INPS permaneceu apenas com a competência para a concessão de benefícios.

A chamada Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080, foi editada no ano de 1990, passando a regular, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado. Essa normatização dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, tendo sofrido diversas alterações pelas Leis nºs 9.836, de 23 de setembro de 1999; 10.424, de 15 de abril de 2002; 11.108, de 7 de abril de 2005; 12.466, de 24 de agosto de 2011; 12.864, de 24 de

setembro de 2013; 12.895, de 2013; 13.097, de 2015; 13.427, de 2017; e mais recentemente pela Lei nº 14.021, de 7 de julho de 2020.

Ainda em 1990, a Lei nº 8.142, editada no mês de dezembro, passou a regular a participação da comunidade no Sistema Único de Saúde, instituindo os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde.

Constituem, dessa forma, as bases jurídicas do Sistema Único de Saúde – SUS, constitucional e infraconstitucionalmente, a Constituição Federal e as Leis nºs 8.080 e 8.142, ambas de 1990.

A implantação do SUS teve início pelas Normas Operacionais Básicas – NOB, instituídas por intermédio de portarias, inicialmente do INAMPS e, posteriormente, do Ministério da Saúde.

Com a edição do Decreto nº 99.060, de 7 de março de 1990, o INAMPS foi transferido para o Ministério da Saúde, continuando, entretanto, pelos três anos seguintes, estruturado em justaposição à Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde.

As Normas Operacionais Básicas definiram competências de cada esfera de governo na implantação do SUS e as condições necessárias para que estados e municípios pudessem assumir as novas atribuições: as condições de gestão. Definiam também critérios para repasses de recursos do Fundo Nacional de Saúde aos Fundos Estaduais e Municipais de Saúde.

A primeira Norma Operacional Básica – NOB, aprovada pela Resolução nº 258, de 7 de janeiro de 1991, da Presidência do INAMPS, e reeditada pela Resolução nº 273, de 17 de janeiro de 1991, centralizou a gestão do Sistema Único de Saúde no nível federal, pelo INAMPS; estabeleceu o convênio como meio de transferência de recursos entre do INAMPS para os estados, Distrito Federal e municípios; equiparou os prestadores públicos e privados quanto à modalidade de financiamento, que passou a ser, nos dois casos, por serviços produzidos; implantou o Sistema da Informação Ambulatorial – SAI/SUS, para pagamento dos prestadores de serviços; considerou como municipalizados, no âmbito do SUS, os municípios que atendessem os requisitos previstos na Lei nº 8.142/90.

A NOB/92, segunda Norma Operacional Básica editada, ainda exarada pelo INAMPS, por intermédio da Portaria Nacional de Assistência à Saúde nº 234, de 7 de fevereiro de 1992, foi resultado do consenso entre o Ministério da Saúde, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde – CONASEMS, e teve como finalidades normatizar a assistência à saúde, bem como implantar, desenvolver e efetivar o funcionamento do SUS, e, ainda, concretizar e fornecer instrumentalização operacional objetivando a efetivação dos preceitos constitucionais da saúde. Dando

continuidade às linhas gerais definidas na NOB/91, o INAMPS foi mantido como órgão responsável pelo repasse dos recursos financeiros aos estados e municípios.

A NOB/92 instituiu também os denominados Índice de Valorização de Qualidade – IVQ, cuja concessão e repasse era direcionada aos hospitais que integrassem a rede do Sistema Único de Saúde, e o Fator de Estímulo à Gestão Estadual – FEGE, destinado a definir e reajustar os montantes a serem repassados mensalmente aos entes públicos, de forma regular e automática, desde que estivessem habilitados a receber tais recursos, com o escopo de tecnologicamente repor e modernizar os equipamentos da rede pública estadual e municipal de saúde. Foi criado também pela NOB/92 o programa PROSAÚDE, cujo objetivo era a participação das três esferas de governo na reorganização dos serviços de saúde.

Em meados de 1993, a Lei nº 8.689, de 27 de julho, extinguiu o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, sendo posteriormente transferido aos governos federal, estadual e municipal a gestão do Sistema Único de Saúde –SUS, criado pela Constituição de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988.

Extinto o INAMPS, as autoridades exclusivas sanitárias passam a ser, respectivamente, nos âmbitos federais, estaduais e municipais, o Ministério da Saúde, as Secretarias Estaduais de Saúde e as Secretarias Municipais de Saúde. Esse modelo de direção única em cada esfera de governo seria propugnado expressamente pela Constituição de 1988.

A Portaria GM/MS nº 545, de 20 de maio de 1993, editada já em caráter exclusivo pelo Ministério da Saúde, estabeleceu a Norma Operacional Básica de 1993, onde foram institucionalizadas as Comissões Intergestores Tripartite e Bipartite, cunhando o compartilhamento decisório de todas as instâncias federativas no sistema de saúde. Houve a regulação do processo de descentralização da gestão das ações e serviços de saúde, através de diferentes sistemáticas de relacionamento entre a esfera federal e as outras duas esferas político-administrativas, propiciando a convivência de situações diferenciadas no que se refere as condições da gestão do SUS nos estados e municípios.

O processo de municipalização foi intensificado, habilitando municípios como gestores, criando a terceira instância do SUS, e normatizando a transferência regular e automática, fundo a fundo, do teto global da assistência para os municípios, desde que atendidas determinadas condições. No entanto, apesar da demarcação do papel dos estados como gestores do SUS, a NOB/93 apresentou uma frágil definição dessa função.

O Sistema Nacional de Auditoria do SUS foi criado nesse mesmo ano pela Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993, regulamentada pelo Decreto nº 1.651, de 28 de setembro de 1995, sendo estipulada sua competência para exercer a avaliação técnico-científica, contábil, financeira e

patrimonial do Sistema Único de Saúde, de forma descentralizada e por meio dos seus componentes federal, estaduais e municipais.

Depois das leis que criaram o Sistema Único de Saúde, o Decreto nº 1.232, de 30 de agosto de 1994, é o ato normativo mais importante para a operacionalização do SUS, tendo em vista que esse diploma dispôs sobre as condições e a forma de repasse regular e automático dos recursos do Fundo Nacional de Saúde para os fundos estaduais, municipais e do Distrito Federal. Sua notabilidade está na agilidade que esse modelo de transferência intergovernamental de recursos financeiros confere a todo o sistema, consistindo em uma solução peculiar do setor de saúde.

Em seguida, sobreveio a NOB/96, instituída pela Portaria GM/MS nº 2.203, de 5 de novembro de 1996, que consagrou a plena gestão dos municípios no sistema de saúde e sua responsabilização pela execução direta da atenção básica de saúde. Além da consolidação da política de municipalização, a NOB/96 definiu as responsabilidades, prerrogativas e requisitos das condições de gestão e responsabilidade sanitária de cada gestor, explicitando um novo pacto federativo para a saúde. Mais, regulamentou as relações entre os sistemas municipais e destes com as esferas estaduais e federal.

Muitos outros foram os regramentos advindos da NOB/96, podendo ser assim condensados: previsão de aumento da participação percentual da transferência, regular e automática, de fundo a fundo, dos recursos financeiros federais aos estados e municípios, incluindo na espécie o Índice de Valorização de Resultados – IVR, o Incentivo ao Programa Saúde da Família – PSF, Fração Assistencial Especializada – FAE, Índice de Valorização do Impacto em Vigilância Sanitária – IVISA, Piso da Atenção Básica, Piso Básico de Vigilância Sanitária – PBVS e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde – PACS; fortalecimento da gestão compartilhada do Sistema Único de Saúde entre os governos federal, estaduais e municipais, por intermédio das Comissões Intergestores Tripartite e Bipartite, se constituindo como ambientes constantes de negociação e ajustes entre gestores; propagação do conhecimento e visibilidade do Sistema Único de Saúde aos cidadãos, indicando aos indivíduos o gestor municipal como responsável, direta ou por meio da garantia da referência, pela prestação dos serviços de saúde.

No decorrer de sua vigência, a NOB/96 foi alterada por algumas portarias, quais sejam, Portarias/GM/MS nºs 1.882, de 18 de dezembro de 1997; 1.399, de 15 de dezembro de 1999; 95, de 26 de janeiro de 2001 – instituidora da Norma Operacional da Assistência à Saúde (NOAS 01/2001); 373, de 27 de fevereiro de 2002 – instituidora da Norma Operacional da Assistência à Saúde (NOAS 01/2002); e 1.172, de 15 de junho de 2004.

As mudanças mais incisivas, anteriores às Normas Operacionais da Assistência à Saúde, foram protagonizadas pela Portaria/GM/MS nº 1.882, de 18 de dezembro de 1997, que alterou o conceito do Piso Assistencial Básico, do Piso Básico de Vigilância Sanitária e do incentivo aos Programas de Saúde da Família e Agentes Comunitários de Saúde.

Quanto ao financiamento do SUS, em 13 de setembro de 2000 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 29, alterando os artigos 34, 35, 156, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescentando artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, objetivando assegurar recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. A aprovação da EC 29/2000 enfrentou grande resistência de poderosas correntes econômicas contrárias à vinculação de recursos orçamentários.

A Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS/2001, instituída pela Portaria GM/MS nº 95, de 26 de janeiro de 2001, criou os Planos Diretores de Regionalização e de Investimentos e definiu o processo de regionalização das redes de assistência, ampliando as responsabilidades dos municípios na Atenção Básica, criando mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do SUS e especificando os critérios de habilitação de estados e municípios.

No ano seguinte, a Portaria GM/MS nº 373, de 27 de fevereiro de 2002, instituiu a NOAS 2002, que teve como principal intento a promoção de maior equilíbrio na alocação de recursos para a saúde e na promoção dos cidadãos aos serviços de saúde, em todos os níveis, por intermédio de três grupos de estratégias articuladas: I – regionalização e organização da assistência; II – fortalecimento da capacidade de gestão do SUS; III – revisão de critérios de habilitação de municípios e estados.

Com a publicação da NOAS/02, descentralização e regionalização passam a ser associadas, tornando essencial a articulação dos municípios para negociações e acordos de referência intermunicipais, coordenados e regulados pelo Estado, através de programação pactuada e integrada. Nesse cenário, a capacidade gestora dos municípios e estados devem ser fortalecidas, possibilitando, deste modo, as competências de regulação, controle e avaliação do sistema, o que foi estabelecido pela Norma Operacional 2002.

Merecem também destaque na Norma Operacional da Assistência à Saúde de 2002: o procedimento de preparação do Plano Diretor de Regionalização – PDR e da Programação Pactuada e Integrada – PPI, passam a ser coordenados pelo gestor estadual, com a presença dos municípios; a qualificação das regiões/microrregiões; o alargamento da atenção básica por intermédio do acréscimo do componente de financiamento federal avaliado em uma base per capita com a ampliação do Piso de Atenção Básica e a criação do Piso de Atenção Básica

Ampliada – PAB–A; a política para a alta complexidade. Foi definido, ainda pela NOAS 2020, uma forma de assistência mais adequada e oportuna aos indivíduos, a ser atingida pela organização do controle, regulação e avaliação, bem como pela otimização da utilização dos recursos assistenciais disponíveis e o incremento de subsídios ao controle e a avaliação e à Programação Pactuada e Integrada – PPI.

A Norma Operacional da Assistência à Saúde de 2002 sofreu alterações pelas Portarias GM/MS nºs 1.734, de 19 de agosto de 2004; 384, de 4 de abril de 2003; 385, de 4 de abril de 2003; 321, de 8 de fevereiro de 2003; e pelas Portarias GM/MS 399, de 22 de fevereiro de 2006; e 699, de 30 de março de 2006, que tratam do Pacto pela Saúde.

O Pacto pela Saúde, instituído pela anteriormente citada Portaria GM/MS 399, de 22 de fevereiro de 2006, com alterações incluídas Portaria GM/MS nº 204, de 29 de janeiro de 2007, não diz respeito a uma norma operacional, mas a um acordo interfederativo proferido em três dimensões, quais sejam, o Pacto em Defesa do Sistema Único de Saúde, o Pacto pela Vida e o Pacto de Gestão.

Nesse diploma houve a pactuação de responsabilidades, no âmbito da gestão e da atenção à saúde, pelas três esferas de gestão do SUS – União, estados e municípios –, representadas, respectivamente, pelo Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS e Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde – CONASEMS.

Agregando os pactos anteriormente existentes e assente em uma unidade de princípios, o Pacto pela Vida tem como objetivos essenciais: reforçar a organização das regiões sanitárias por intermédio da instituição de estruturas de planejamento e cogestão regionais; qualificar o acesso populacional à atenção integral à saúde; valorizar a macrofunção de cooperação técnica entre os gestores; fortalecer os ambientes e organismos de controle social; redefinir as ferramentas de regulação, programação e avaliação; propor um financiamento tripartite que estimule parâmetros de equidade nas transferências fundo a fundo. Saliente-se que tais finalidades devem ser perseguidas respeitando as disparidades regionais existentes.

Diversos instrumentos normativos orientam o Pacto pela Saúde, merecendo destaque a Portaria GM/MS nº 699, de 30 de março de 2006, que regulamenta as diretrizes operacionais dos Pactos pela Vida e de Gestão e seus desdobramentos para o processo de gestão do SUS, bem como a transição e os monitoramentos dos Pactos, unificando os processos de pactuação de indicadores, tendo sofrido alterações pelas Portarias/GM nºs 91, de 10 de janeiro de 2007; 372, de 16 de fevereiro de 2007, e 2.690, de 19 de outubro 2007; a Portaria/GM/MS nº 1.097, de 22 de maio de 2006, que define o processo de elaboração da Programação Pactuada e Integrada da Assistência; Portaria GM/MS nº 3.085, de 1º de dezembro de 2006, que

regulamenta o Sistema de Planejamento do Sistema Único de Saúde; Portaria GM/MS nº 3.332, de 28 de dezembro de 2006, que aprova orientações gerais relativas aos instrumentos do Sistema de Planejamento do Sistema Único de Saúde; Portaria GM/MS nº 204, de 29 de janeiro de 2007, que regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle, alterada posteriormente pelas Portarias GM/MS nºs 3.237, de 24 de dezembro 2007, 837, de 23 de abril 2009, 2.981, de 26 de novembro de 2009, e 3.252, de 22 de dezembro de 2009; Portaria GM/MS nº 1.559, de 1º de agosto de 2008, que institui a Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde; Portaria GM/MS nº 3.176, de 24 de dezembro de 2008, que aprova orientações acerca da elaboração da aplicação e do fluxo do Relatório Anual de Gestão; Portaria GM/MS nº 837, de 23 de abril de 2009, que altera a Portaria GM/MS nº 204, de 29 de janeiro de 2007, para inserir o Bloco de Investimentos na Rede de Serviços de Saúde na composição dos blocos de financiamento relativos à transferência de recursos federais para as ações e os serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde; Portaria GM/MS nº 2.046, de 3 de setembro de 2009, que regulamenta o Termo de Ajuste Sanitário – TAS; Portaria GM/MS nº 2.751, de 11 de novembro de 2009, que dispõe sobre a integração dos prazos e processos de formulação dos instrumentos do sistema de planejamento do Sistema Único de Saúde e do Pacto pela Saúde; Portaria GM/MS nº 3.252, de 22 de dezembro de 2009, que aprova as diretrizes para execução e financiamento das ações de vigilância em saúde pela União, estados, Distrito Federal e municípios; e Portaria GM/MS nº 161, de 21 de janeiro de 2010, que estabelece o Protocolo de Cooperação entre Entes Públicos – PCEP.

O Pacto em Defesa do Sistema Único de Saúde, uma das dimensões do Pacto pela Saúde, busca desenvolver ações concretas no sentido de reforçar o SUS como política de Estado e não apenas como política de governos, a serem articuladas e desenvolvidas pelas três esferas da federação, com a ratificação dos princípios do SUS. Dispõe sobre a necessidade de repolitização dos serviços de saúde pública, com ações em defesa do SUS, exercitadas pelos diferentes setores da sociedade, de maneira permanente e organizada, e o comprometimento na defesa dos princípios constitucionais dessa política pública.

As duas prioridades do Pacto em Defesa do SUS foram: i) a implementação de um projeto constante de mobilização social, com o escopo de delimitar a saúde como direito de cidadania e o SUS como sistema público universal garantidor desses direitos; aprovar o orçamento do SUS, composto pelos orçamentos das três esferas de gestão, com a especificação do compromisso de cada uma delas; garantir, em longo prazo, a ampliação dos recursos orçamentários e financeiros para a saúde; alcançar, em curto prazo, a regulamentação da

Emenda Constitucional nº 29, pelo Congresso Nacional; ii) confeccionar e propalar a carta dos direitos dos usuários do SUS.

O Pacto pela Vida, por sua vez, representou dois importantes incrementos à reforma do SUS, primeiro substituindo os ajustes aleatórios por pactos anuais e obrigatórios, e, em segundo, alterando o foco para mudanças voltadas para resultados em detrimento das anteriores modificações que foram orientadas a processos apenas operacionais. Os resultados deverão ser perseguidos com a explicitação, por todos os entes da federação, dos compromissos orçamentários e financeiros necessários para o seu alcance.

Para os anos de 2008 e 2009, o Pacto pela Vida estipulou onze prioridades: I – atenção à saúde do idoso; II – controle do câncer de colo de útero e de mama; III – redução da mortalidade infantil e materna; IV – fortalecimento da capacidade de respostas às doenças emergentes e endemias, com ênfase na dengue, hanseníase, tuberculose, malária, influenza, hepatite e Aids; V – promoção da saúde; VI – fortalecimento da atenção básica; VII – saúde do trabalhador; VIII – saúde mental; IX – fortalecimento da capacidade de resposta do sistema de saúde às pessoas com deficiência; X – atenção integral às pessoas em situação ou risco de violência; e XI – saúde do homem.

O Pacto de Gestão, como dimensão do Pacto pela Saúde, objetivou o desenvolvimento do cooperativismo do Sistema Único de Saúde a ser protagonizado pela União, estados e municípios, estabelecendo responsabilidades cristalinas de cada um deles, tendentes a diminuir as competências concorrentes e fortalecer a gestão compartilhada e solidária do Sistema Único de Saúde. Houve a instituição de diretrizes para a gestão do sistema nos aspectos da descentralização, regionalização, financiamento, planejamento, Programação Pactuada e Integrada – PPI, Regulação.

A denominada Participação Social e Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, foram também definidos no Pacto de Gestão, consistentes em um novo pacto federativo sanitário, fundado na unidade doutrinária e na diversidade operacional. O escopo desse ajuste, a ser estabelecido em cada Comissão Intergestores Bipartite, é alcançar as melhores soluções para questões como o acesso, a regulação e a gestão dos serviços de saúde.

Em 2008, foi instituída a Política Nacional de Regulação do SUS, pela Portaria nº 1.559, de 1º de agosto, dispendo acerca de diferentes níveis de regulação em saúde, organizada em três dimensões de atuação: regulação dos sistemas de saúde, regulação da atenção à saúde e regulação do acesso à assistência.

Depois, a Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, regulamentou o § 3º do art. 198 da Constituição Federal, dispendo sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente

pela União, estados, Distrito Federal e municípios em ações e serviços públicos de saúde, estabelecendo, ainda, os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo.

A regulamentação da Lei Complementar 141/12, ocorreu pelo Decreto 7.827, de 16 de outubro de 2012, que estabeleceu os procedimentos de condicionamento e restabelecimento de transferências voluntárias da União nos casos de descumprimento da aplicação dos recursos em ações e serviços públicos de saúde tratados no mencionado diploma.

Além das leis ordinárias e complementares citadas, foram aprovadas pelo Congresso Nacional emendas constitucionais que alteraram ou complementaram o Capítulo da Seguridade Social na Constituição Federal, sendo elas: EC 29, de 13 de setembro de 2000; EC 42, de 19 de dezembro de 2003; EC 51, de 14 de fevereiro de 2006; EC 63, de 4 de fevereiro de 2010; EC 85, de 26 de fevereiro de 2015; EC 86, de 17 de março de 2015; e EC 95, de 15 de dezembro de 2016, esta última definindo que o valor mínimo a ser atendido para a saúde será o equivalente àquele dispendido no ano de 2017 (no mínimo constitucional de 15% da RCL), mais o reajuste pelo IPCA, até 2036.

Constitucionalmente, o art. 196 da CRFB/88 norteia todas as normas anteriormente citadas que constituem a base legal das políticas públicas de saúde e a organização do Sistema Único de Saúde – SUS. Esse artigo dispõe a saúde como direito social, direcionando ao Estado a responsabilização pela promoção da saúde, bem como a proteção aos indivíduos contra os riscos a que eles se expõem e a garantia de assistência em caso de doença ou outro agravo à saúde. Essa responsabilidade assumida pelo Estado perpassa, obrigatoriamente, pela necessidade de formulação e implantação de políticas econômicas e sociais, cujos objetivos sejam a melhora das condições de vida e saúde dos diferentes grupos da população.

Para tanto, se extrai do art. 196 da Constituição Federal os princípios finalísticos que informam a prestação dos serviços públicos de saúde na República Federativa do Brasil: universalidade, equidade e integralidade.

Pelo princípio da universalidade entende-se que a cobertura do serviço público de saúde deve ser extensiva, de modo que, paulatinamente, se torne acessível a toda população.

A equidade, por sua vez, refere-se à necessidade de se tratar os indivíduos iguais de modo igual, e, os desiguais, desigualmente, de maneira a se atingir a simetria de oportunidade de sobrevivência e de desenvolvimento pessoal e social entre os membros de uma determinada comunidade. Parte-se do ponto da existência da desigualdade entre as pessoas e os grupos sociais, reconhecendo que muitas dessas desigualdades são injustas e devem ser suplantadas.

Especificamente na questão da saúde, as desigualdades sociais se apresentam como discrepâncias no adoecer e no morrer, devendo os gestores encontrarem mecanismos de reduzir tais assimetrias, de forma a garantir condições de vida e saúde, igualitariamente, para todos.

O princípio da equidade diz respeito, portanto, a duas dimensões do processo de reforma na organização e prestação dos serviços públicos de saúde: a reorientação do fluxo de investimentos para a consecução dos serviços nas várias regiões, estados e municípios, e, a reorientação das ações a serem executadas, conforme o perfil das carências e problemas da população usuária. Nessa segunda dimensão, a perquirição da equidade se articula, dinamicamente, com outro princípio finalístico do Sistema Único de Saúde, qual seja, a integralidade do cuidado à saúde.

A ideia de integralidade tem relação com a série de ações possíveis para a promoção da saúde, prevenção de riscos e agravos e assistência a doentes, incorrendo na sistematização do conjunto de condutas a serem desenvolvidas no combate aos problemas e no atendimento das necessidades de saúde.

Consequentemente, modelo integral é aquele que dispõe de instalações, unidades de prestação de serviços, servidores capacitados e recursos necessários à realização de ações de saúde, que abrangem desde as práticas gerais em grupos definidos da população, quanto as condutas singularizadas de vigilância sanitária, ambiental e epidemiológica dirigidas a controle de riscos e danos, bem como a assistência e recuperação de pessoas doentes, a detecção de enfermidades, as ações de diagnóstico, tratamento e reabilitação.

5.2 Organização e fontes de financiamento do Sistema Único de Saúde

Joaquim José Gomes Canotilho, ao examinar as funções dos direitos fundamentais, afirma que a saúde, assim como os demais direitos sociais, pode ser compreendido sob duas vertentes: uma de natureza negativa, consistente no direito de exigir, do Estado ou de terceiros, que se abstenham de praticar qualquer ato que atente contra a saúde, e, a segunda, de índole positiva, que indica o direito às ações e prestações do Estado destinadas à prevenção e ao tratamento de enfermidades.²¹⁹

O direito à saúde, na ordem constitucional em vigor, é tanto um direito social quanto pessoal, oponível em face do Estado, inclusive, por intermédio de demandas individuais para a

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003. p. 407-410.

concessão de tratamentos e medicamentos, conforme já estabeleceu o Supremo Tribunal Federal – STF. Importante lembrar que a Corte vem fazendo uso da teoria da força normativa da Constituição para extrair dos mandamentos constitucionais sobre a saúde a plena eficácia, rechaçando a natureza programática dessas disposições.

Ainda, importante ressaltar que, de acordo com o art. 194, caput, da CRFB/88, a saúde é elemento integrante da seguridade social, juntamente com a previdência e a assistência social. Por conseguinte, por estar a saúde incluída na esfera da seguridade social, deve ela ser organizada com base nos objetivos dispostos no parágrafo único do art. 194 da Constituição: universalidade de cobertura; universalidade do atendimento; uniformidade e equivalência dos serviços às populações urbana e rural; seletividade e distributividade na prestação dos serviços; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; e caráter democrático e descentralizado da gestão.

Nos termos do art. 197 da Constituição Federal, as ações e serviços públicos de saúde são de relevância pública, ou seja, trata-se de autêntico serviço público, devendo ser prestado diretamente pelo poder público ou por intermédio de terceiros, podendo ser realizado também por pessoa física ou jurídica de direito privado. Ainda, em razão do caráter de serviço público, cabe ao Estado exercer a sua regulamentação, fiscalização e controle.

A regulamentação é exercida através da expedição de leis complementares, leis ordinárias, decretos, instruções normativas, portarias etc.

Já a fiscalização e o controle são realizados na forma estipulada pela Constituição Federal, considerada em sua integralidade. Assim, consoante o art. 70 da CRFB/88, a fiscalização e o controle deverão ser realizados sob os aspectos financeiro, orçamentário, contábil, operacional e patrimonial, a ser exercido tanto pelos órgãos de controle interno quanto pelo controle externo, de competência do Poder Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas.

Por sua vez, o Sistema Único de Saúde, previsto constitucionalmente no art. 198, é considerado como uma instituição de direito sanitário.

Fernando Aith afirma que o SUS seria uma instituição-organismo, por conter todos os elementos constitutivos desse tipo de instituição: conjunto individualizado, organização interna definida nos termos do direito positivo, inserção na ordem geral das coisas e situação jurídica permanente. O citado autor salienta, ainda, que o SUS é composto por diversas outras instituições jurídicas relevantes, como, por exemplo, o Ministério da Saúde e as secretarias, dentre outras. Todavia, o SUS não detém, ele próprio, personalidade jurídica, não podendo, por

conta disso, ser titular de direitos e obrigações na ordem jurídica. Também não tem personalidade judiciária, não podendo figurar como autor ou réu em demandas judiciais.²²⁰

O SUS traduz-se em um sistema organizado de compleição regionalizada e hierarquizada. No entanto, a referida hierarquia não significa subordinação de uma esfera de governo em relação às outras, mas traduz-se na ideia de respeito aos níveis de complexidade crescente nas ações e prestação de serviços públicos de saúde, nos termos do art. 8º da Lei 8.080/1990.

A base do sistema são os serviços de atenção básica (ou primária), considerados de baixa complexidade, sendo responsável pela triagem dos interessados em utilizar o sistema. Os demais níveis são a média complexidade (atenção secundária) e alta complexidade (atenção terciária).

Em relação à regionalização, Lenir leciona que:

Em contrapartida, seria impossível pensar em rede de serviços de saúde sem uma consequente delimitação territorial, que é a região de saúde. Poderia ter sido o território estadual, mas o legislador preferiu a região, mais condizente com o modelo tridimensional da nossa Federação e com a descentralização da saúde.²²¹

Isso quer dizer os municípios podem se agrupar em regiões para assegurar a integralidade da prestação das ações e serviços públicos de saúde²²², ressaltando a sua interdependência.

O modelo de saúde perquerido pelo SUS é aquele voltado para as necessidades da população, “procurando resgatar o compromisso do Estado para com o bem-estar social, especialmente no que se refere à saúde coletiva, consolidando-a como um dos direitos da cidadania”.²²³

A previsão constitucional é a de um sistema único de saúde, entretanto de cunho

²²⁰ AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 334-337. O autor ressalta que o conceito de instituições jurídicas auxilia na medida em que estas organizam diversos fenômenos sociais. Além disso, são pensadas para terem longa duração, apesar de não serem eternas. O autor afirma que existem “instituições-organismos” (em que se enquadraria o SUS) e “instituições-mecanismos”.

²²¹ SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: desafios da gestão interfederativa*. Campinas: Saberes Editora, 2013. p. 84-85.

²²² As regiões de saúde são “o espaço geográfico contínuo constituído por agrupamentos de Municípios limítrofes, delimitado a partir de identidades culturais, econômicas e sociais e de redes de comunicação e infraestrutura de transportes compartilhados, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de ações e serviços de saúde” (art. 2º, I, do Decreto 7.508/2011).

²²³ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Sistema Único de Saúde*. Brasília: CONASS, 2011, p. 25. (Coleção Para Entender a Gestão do SUS 2011, v. 1). Disponível em: http://www.conass.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=51:entendendo-a-gestao-do-sus-2011&catid=19:entendendo-a-gestao-do-sus-2011&Itemid=21. Acesso em: nov. 2020.

descentralizado, mas integrado por todos os entes federativos, com direção única em cada um deles, incidindo poder decisório, em nível local, para cada ente.

O constituinte originário de 1988 também determinou o atendimento integral, como já explicitado anteriormente, com destaque nas atuações preventivas, que se mostram mais adequadas à saúde coletiva, não deixando de lado os serviços assistenciais.

Como última diretriz do SUS aparece a participação da comunidade, também de suma importância, vez que é a coletividade a destinatária das ações e serviços de saúde oferecidos, sendo a maior interessada na execução satisfatória deles e quem melhor pode avaliá-los.

Com relação ao financiamento, há mais de trinta anos foram alternadas fontes de receitas, impostos e contribuições sociais objetivando assegurar recursos para o SUS, sem que, contudo, se ampliasse a participação dos gastos do Produto Interno Bruto – PIB ou na receita tributária em geral. Dain afirma que isso acontece em flagrante descompasso com as responsabilidades impostas pela universalização do sistema e seu efeito sobre o gasto público em saúde.²²⁴

A década de 1990 foi cercada de medidas de regulação para o financiamento do SUS. Os setores conservadores indicaram a “falência programada” da saúde pública como reflexo direto do texto constitucional de 1988, que determinou a universalização da cobertura da assistência médica, sem a devida definição de fontes de financiamento. Na época, o cenário de crise econômica internacional, que reclamava políticas de ajuste, a decisão política de universalização significou a inviabilização da previdência social e da assistência à saúde a ser prestada pelo Estado. De fato, nos anos de 1990 a 1992, no decorrer do governo Collor, ocorreu uma drástica redução dos gastos federais, e, de 1995 a 2002, no governo Fernando Henrique Cardoso, houve um *déficit* nos gastos totais do governo.

Com o advento da crise sobrevieram novas propostas parlamentares para garantir a vinculação de recursos para o SUS. As diversas propostas originaram a Emenda Constitucional nº 29/2000, que delimitou montantes “mínimos exigidos” de aplicação pela União, estados e municípios nas ações e serviços públicos de saúde. Essa Emenda acarretou aumento de volume de recursos para o âmbito da saúde e maior participação dos municípios, Distrito Federal e dos estados no financiamento do SUS.

No decorrer dos anos decresceu a participação da União no financiamento da saúde,

²²⁴ DAIN, Sulamis. *Os vários mundos do financiamento da Saúde no Brasil: uma tentativa de integração. Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2007, vol.12, suppl., p.1851-1864. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-812320070007000008&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: nov. 2020.

passando de 60% em 2002 até perto de 44% no ano de 2011. No mesmo período a participação dos estados cresceu, passando de 18,5% para 25,7%, bem como dos municípios, que saltaram de 21,7% para 29,6%.²²⁵ Assim, quanto à descentralização, a EC 29/2000 foi bem sucedida, já que, desde então, ocorreu uma maior participação dos estados e municípios no financiamento da saúde pública.

Com a publicação da Norma Operacional da Assistência à Saúde - NOAS, em 2001 (Portaria MS nº 95/2001), a inserção de ações de caráter regulatório para a assistência à saúde vem sendo realizada de maneira mais explícita pelo Ministério da Saúde. Essa conduta permaneceu com o Pacto pela Saúde em 2006 e acentuou o processo de institucionalização, por intermédio da Política Nacional de Regulação, publicada em 2008 (Portaria MS nº 1.559).

A partir da Constituição Federal de 1988, a descentralização tributária alargou a participação tributária de estados e municípios, além de elevar o nível de transferências de tributos federais às menores esferas de governo. Ainda, com a implícita reforma tributária constante da CRFB/88, competem aos entes federativos os seguintes impostos: i) aos estados cabem o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e de Comunicação – ICMS; Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Bens e Direitos – ITCMD; Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA; ii) já os municípios ficaram responsáveis pelo Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU; Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS; e o Imposto sobre Transmissão Intervivos de Bens e Direitos Sobre Imóveis – ITBI.

Dentre as principais transferências da União para os estados, o DF e os municípios, previstas constitucionalmente, destacam-se: o Fundo de Participação dos estados e do Distrito Federal - FPE; o Fundo de Participação dos Municípios - FPM; IPI - Exportação; CIDE-Combustíveis; o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb; Royalties; e o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR.

No novo contexto tributário, advindo com a CRFB/88, as esferas de governos locais passaram a reter 34% da carga tributária brasileira. No entanto, importante ressaltar que os estados e municípios tiveram seus repasses afetados pela Desvinculação das Receitas da União – DRU, quando 20% das receitas de impostos e contribuições passaram a ser retidos e utilizados desembaraçadamente pela União, inclusive para quitação dos juros da dívida. Com isso, as transferências do governo federal para o FPM – Fundo de Participação dos Municípios, restou

²²⁵ SIOPS - *Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos de Saúde*. Brasília, DF. Recuperado de <http://www.saude.gov.br/repasses-financeiros/siops>. Acesso em: nov. 2020.

prejudicada, tendo em vista que deles advêm da arrecadação do IR, do IPI e das Contribuições federais como a CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, de forte participação na arrecadação federal.

Financiam o SUS, entre outros, os seguintes tributos: COFINS, IPI, ICMS, ISS, IRPF, IRPJ, IPTU e IPVA, sendo responsáveis por 70% do financiamento público do sistema de saúde. Os tributos diretos que detém maior peso nesse financiamento são o IRPF, IPVA e o IPTU. Os tributos indiretos são o IPI, ICMS, ISS e COFINS. Fica evidente que esta complexidade de fontes tributárias confirma que o financiamento do SUS é realizado por intermédio do pagamento de tributos municipais, estaduais e federais.

Sendo a União a maior arrecadora de impostos, dentre os entes da Federação, tem a atribuição e a capacidade financeira de conduzir as políticas de saúde e de outras áreas de atuação do Estado, através do repasse de recursos para o financiamento dos programas prioritários em nível nacional.

Conforme Mendes e Marques:

A portaria do Pacto de Gestão determinou alguns princípios para o financiamento do SUS e definiu ‘blocos’ gerais de alocação dos recursos federais, sendo eles: Atenção Básica; atenção da Média e Alta Complexidade; vigilância em saúde; assistência farmacêutica; e gestão do SUS. Posteriormente, foi acrescentado outro bloco denominado de ‘investimentos na rede de serviços de saúde.’²²⁶

O Ministério da Saúde adota estratégias distintas para o estabelecimento dos valores dos repasses dos “blocos” de alocação de recursos federais, tendo induzido os municípios, nos últimos anos, ao desenvolvimento da Estratégia Saúde da Família, como a mais importante e principal política pública de saúde, em razão de seu grande impacto nas ações preventivas.

5.2.1 Solidariedade passiva dos entes da Federação

Por expressa disposição do texto constitucional, é a saúde competência material comum de todos os entes federativos, devendo, cada um deles, prestá-la à comunidade. Desta maneira, não cabe a alegação, por nenhum dos entes públicos, da ausência de obrigação em executar as ações e prestar os serviços públicos de saúde.

A legislação infraconstitucional trouxe o detalhamento das atribuições de cada uma das esferas do poder. A Lei Orgânica do SUS – Lei nº 8.080/1990 –, delimita a competência de

²²⁶ MENDES, Áquilas; MARQUES, Rosa Maria. O financiamento da Atenção Básica e da Estratégia Saúde da Família no Sistema Único de Saúde. *Saúde em debate*. 2014, vol. 38 n. 103. p. 904.

cada uma delas no âmbito do complexo de saúde, que se perfaz em um sistema organizado de maneira regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Inicialmente, a Lei 8.080/90, em seu art. 15, previu as atribuições comuns a todos os entes federativos. Destaca-se as atribuições constantes nos incisos seguintes: I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde; II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde; X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde; XVIII – promoção da articulação da política e dos planos de saúde.

Logo após, em seu art. 16, a Lei trata das incumbências da direção nacional do SUS. Tal direção compete à União e será exercida pelo Ministério da Saúde, conforme o art. 9º, inciso I. Os principais encargos são: III - definir e coordenar os sistemas: a) de redes integradas de assistência de alta complexidade; b) de rede de laboratórios de saúde pública; c) de vigilância epidemiológica; e d) vigilância sanitária; XI - identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde; XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional; XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais; XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os estados, municípios e Distrito Federal; XIX - estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os estados, municípios e Distrito Federal.

O art. 17 da referida Lei nº 8.080/90 trata das responsabilidades da direção estadual do SUS. Aos estados-membros e ao Distrito Federal competirá tal direção e ela será exercida, de acordo com o art. 9º, inciso II, da mesma Lei, pelas respectivas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente. São as principais: I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde; II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS); III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde; IV - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços: a) de vigilância epidemiológica; b) de vigilância sanitária; c) de alimentação e nutrição; e d) de saúde do trabalhador; IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional; XI

- estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde.

Por derradeiro, as atribuições da direção municipal do SUS, a ser exercida pela referida Secretaria de Saúde ou órgão equivalente, na forma do art. 9º, inciso III, do mesmo diploma, estão definidas no art. 18, também da Lei Orgânica do SUS. As mais relevantes atribuições e seus respectivos incisos são: I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual; IV - executar serviços: a) de vigilância epidemiológica; b) vigilância sanitária; c) de alimentação e nutrição; d) de saneamento básico; e) de saúde do trabalhador; V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde; VII - formar consórcios administrativos intermunicipais; XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Referente ao Distrito Federal, lhe é pertinente as atribuições reservadas aos estados e aos municípios, em concordância com o art. 19 da Lei nº 8.080/90.

As políticas públicas de saúde, consoante visto, são empreendidas de modo conjunto por todos os entes federativos. Há de fato uma interdependência das esferas federal, estadual e municipal, o que acarreta a necessidade de procederem de maneira coordenada e harmônica entre si, de modo a evitarem conflitos. A fixação de atribuições disciplinada pelo legislador deve ser rigorosamente respeitada, para que não sobrevenha a usurpação do plexo de atribuições de uma esfera pela outra.

5.3 Gastos do Sistema Único de Saúde nos estados e municípios brasileiros

O orçamento brasileiro para o ano de 2020, conforme dados disponibilizados pela Controladoria-Geral da União²²⁷, foi de aproximadamente R\$ 3,58 trilhões para a receita (R\$ 3.577.146.718.910,25), e de 4,13 trilhões (R\$ 4.127.855.664.613,85) para as despesas, ambas atualizadas:

²²⁷ Fonte: Portal da Transparência – Controladoria-Geral da União. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento>> Acesso em: jul. 2020.

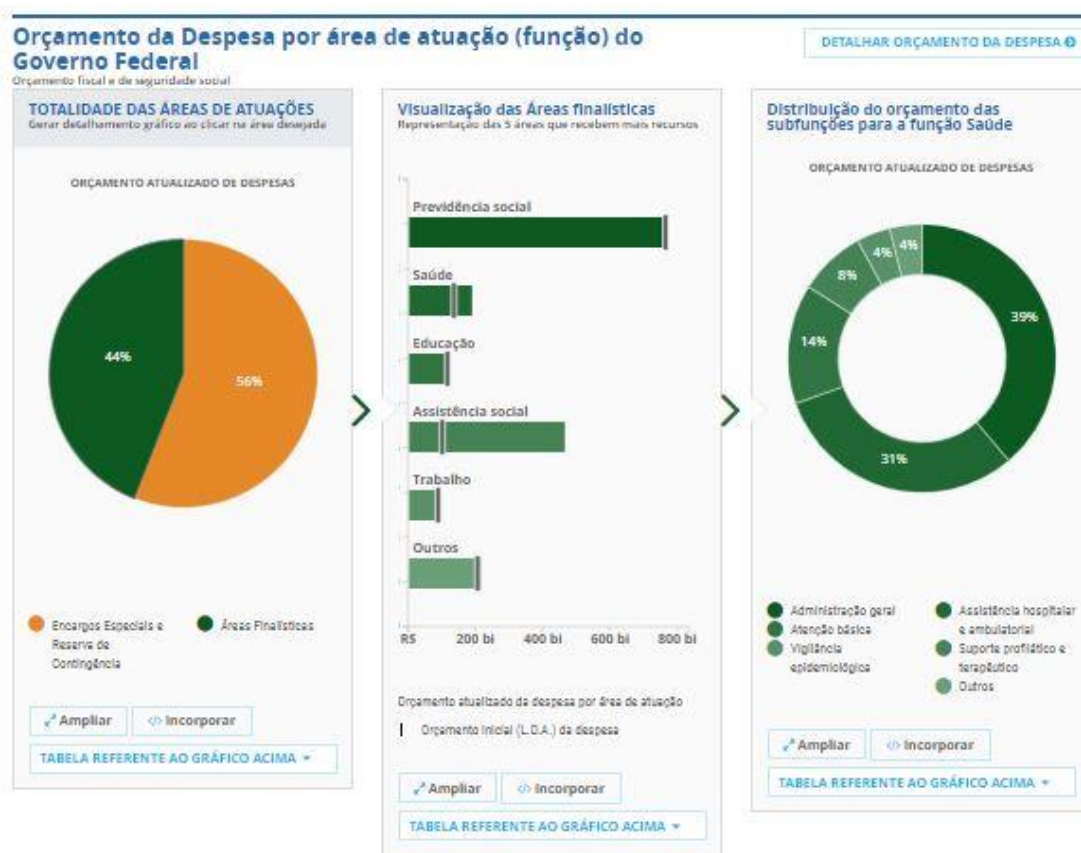
Figura 1 - Visão geral do orçamento fiscal e de seguridade social em 2020: orçamento da receita e orçamento da despesa.



Fonte: Portal da Transparência. Controladoria-Geral da União. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento?ano=2020>. Acesso em: fev. 2021.

Dentro desse montante, no que se refere às despesas, ocorre a divisão por área de atuação/função do governo federal: 56,04% do valor corresponde aos encargos especiais e reservas de contingência, que representam aproximadamente 2,3 trilhões de reais (R\$ 2.286.555.032.637,00), e o restante, equivalente à 43,96% do total (R\$ 1.793.451.079.485,04), relativo às áreas finalísticas (incluídas, entre outros, a saúde, previdência social, educação, assistência social e trabalho) representam gastos que somados se aproximam dos 1,8 trilhões de reais. No total, as despesas ficaram no patamar próximo à 4,1 trilhões de reais (R\$ 4.080.006.112.122,04), representado pelo seguinte gráfico:

Figura 2 - Orçamento da Despesa por área de atuação (função) do Governo Federal: totalidade das áreas de atuações; visualização das áreas finalísticas; distribuição do orçamento das subfunções para a função Saúde.



Fonte: Portal da Transparência. Controladoria-Geral da União. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento?ano=2020>. Acesso em: fev. 2021.

Quanto à distribuição do orçamento das subfunções para a função Saúde, o total dispendido foi no patamar próximo a 187 bilhões de reais.

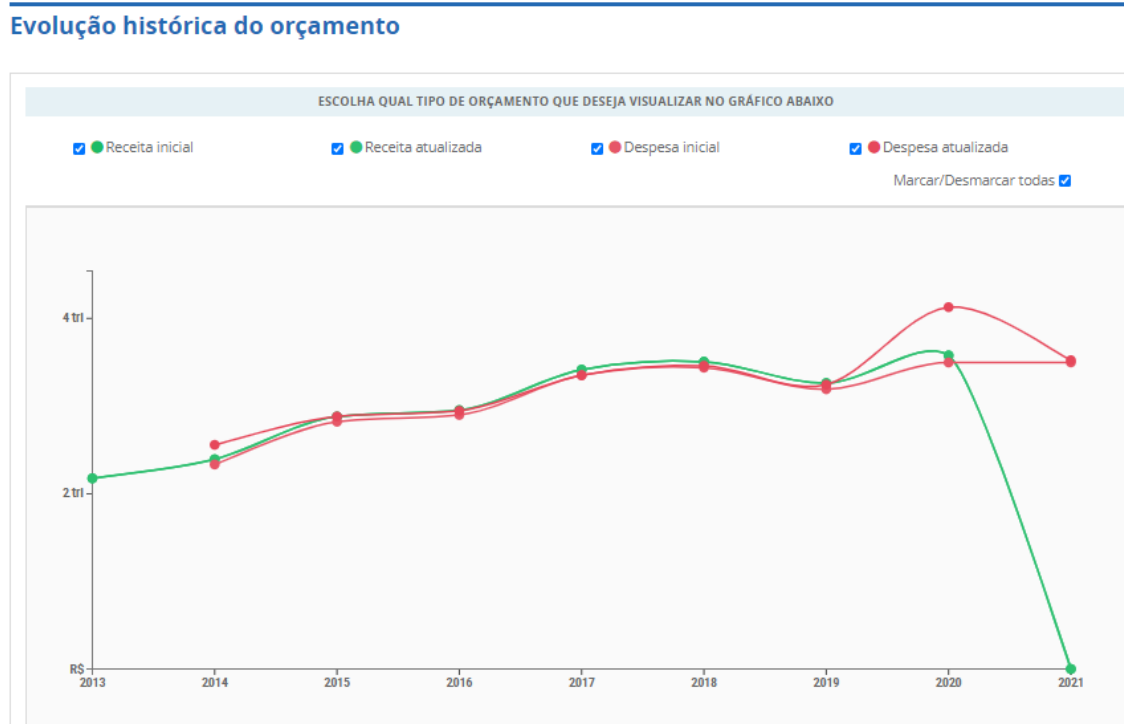
Figura 3 - Distribuição do orçamento das subfunções para a função Saúde: orçamento inicial e orçamento atualizado.

SUBFUNÇÃO	ORÇAMENTO INICIAL	ORÇAMENTO ATUALIZADO
Administração geral	R\$ 8.171.416.756,00	R\$ 72.751.424.207,00
Assistência hospitalar e ambulatorial	R\$ 60.114.507.446,00	R\$ 57.647.394.227,00
Atenção básica	R\$ 30.116.959.762,00	R\$ 27.009.499.665,00
SupORTE profilático e terapêutico	R\$ 14.609.010.274,00	R\$ 15.152.274.819,00
Vigilância epidemiológica	R\$ 7.877.594.201,00	R\$ 7.674.430.848,00
Outros		R\$ 7.279.343.669,00
Total	R\$ 120.889.488.439,00	R\$ 187.514.367.435,00

Fonte: Portal da Transparência. Controladoria-Geral da União. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento>. Acesso em: jul. 2020.

A evolução do orçamento, nos últimos oito anos, é retratada pela Figura 4, que demonstra o aumento gradual e concomitante entre receita e despesa:

Figura 4 - Evolução histórica do orçamento.



Fonte: Portal da Transparência. Controladoria-Geral da União.

Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento?ano=2020>. Acesso em: fev. 2021.

Quando se trata de valores gastos pelos municípios brasileiros, no tocante à função saúde, temos que, nos anos anteriores, entre 2003 a 2018, tais dispêndios somaram a importância de 1,8 trilhões de reais²²⁸, conforme demonstra parcialmente a Figura 4 acima, ou seja, os valores cresceram exponencialmente, passando de 61 bilhões de reais em 2003 para mais de 146 bilhões em 2018, significando um aumento de quase 2,4 vezes da soma inicial. Esses valores, que foram atualizados monetariamente pelo INPC, evidenciam as alterações sofridas na estrutura e no financiamento do Sistema Único de Saúde.

Esses dados apresentados no estudo capitaneado por Jaime Crozatti demonstram que os municípios da região Sudeste gastaram um terço desse conjunto. O número elevado dessa diferença regional se justificaria pela densidade populacional, vez que aproximadamente 43% da população brasileira se encontra alojada nessa área do país.

²²⁸ CROZATTI, Jaime; LIMA JUNIOR, Albiros Ferreira de; LIMA, Leandro Nascimento; OLIVEIRA, Luana Lima de; RIGHETTO, Patrícia. O gasto e as fontes do financiamento do SUS nos municípios brasileiros de 2003 a 2018. *Revista Ambiente Contábil* - UFRN – Natal-RN. v. 12, n. 2, Jul/Dez 2020. p. 200-218.

No entanto, a região Nordeste, com densidade populacional também relativamente alta, contando com 25% da população brasileira, realizou menos de um quarto dos gastos com saúde.

Quando esses valores são analisados levando-se em consideração o gasto em saúde por habitante, com os municípios categorizados por tamanho e dentro da faixa populacional, constata-se que, em média, houve um aumento de 2,85 vezes, passando de R\$ 262,00 para R\$ 746,00. Tal aumento, consistente na média de gastos com o cidadão individualizado, pode ser verificado entre os anos 2003 e 2014. Entre o período de 2015 e 2018 essas importâncias regrediram, ficando inferiores ao ano de 2014.

Nesse contexto, os municípios que mais evoluíram no gasto médio, que tem entre 300.001 e 1 milhão de habitantes, foram os da Região Norte, passando de R\$ 154,00, a menor média em 2003 (60% da média nacional que era de R\$ 262,00), para R\$ 820,00, 10% acima da média nacional (R\$ 746,00).

Os autores observaram que a menor evolução das médias se deu nos municípios com população entre 50.001 e 300 mil habitantes, localizados da região Sul do país, que mudaram de R\$ 202,00 em 2003 para R\$ 288,00 em 2018, depois de terem atingido R\$ 611,00 em 2014. Nesses municípios também ocorreram os mais baixos incrementos no gasto médio por habitante.

As informações expostas dão conta de que os gastos dos municípios da região Nordeste são discrepantes se comparados aos municípios das regiões Sul e Sudeste, tornando claro que, apesar da evolução daquela região no valor do gasto por cidadão, a assimetria entre essas regiões ainda são bastante relevantes. Os dados apresentados por Crozatti, Lima Jr., Lima, Oliveira e Righetto, revelam o impacto, por região geográfica e por porte de município, dos significativos incrementos nos blocos de financiamento das políticas públicas de saúde nos municípios brasileiros, bem como a desproporção destes nos perfis de municípios. Podem refletir a capacidade destes municípios no desenvolvimento das estratégias e programas estatais, uma vez que a indução para estes ocorre por intermédio do aumento da verba repassada pelo Ministério da Saúde.

Os resultados descritos são retratados na tabela a seguir, que refletem a média por habitante do gasto orçamentário na função saúde dos municípios brasileiros, categorizados por faixa da população nas regiões geográficas no período de 2003 a 2018 (valores em reais).

Figura 5 - Média do gasto orçamentário na função saúde dos municípios brasileiros categorizados por faixa da população nas regiões geográficas no período de 2003 a 2018 (valores em reais).

rgfxp\ ano	2003	2004	2006	2008	2010	2012	2014	2016	2018
co1	351	399	503	581	641	733	1.038	1.001	965
nd1	232	267	365	409	425	501	778	756	757
nt1	262	287	417	472	482	520	660	687	707
sd1	318	343	489	578	620	736	922	979	1.050
sl1	321	380	477	552	618	736	1.003	931	799
Média	297	335	450	518	557	645	880	871	856
co2	239	268	346	408	467	528	733	679	742
nd2	164	182	254	295	338	385	562	509	561
nt2	157	175	233	281	317	349	559	514	562
sd2	245	263	339	410	463	546	663	603	614
sl2	203	232	287	337	383	465	655	644	701
Média	202	224	292	346	394	455	634	590	636
co3	198	234	278	367	424	467	748	729	799
nd3	174	193	254	307	348	389	482	454	503
nt3	175	204	252	302	300	344	502	418	458
sd3	291	309	371	437	511	602	465	459	465
sl3	202	217	265	318	372	454	611	499	288
Média	208	231	284	346	391	451	562	512	502
co4	301	352	398	513	499	656	1.061	922	1.023
nd4	201	216	292	352	423	488	795	723	742
nt4	154	166	199	257	279	338	875	796	820
sd4	298	302	375	447	505	588	821	745	760
sl4	351	374	435	507	565	643	872	829	848
Média	261	282	340	415	454	543	885	803	838
co5	390	418	467	537	657	780	1.079	1.029	1.132
nd5	248	281	360	405	479	497	693	683	743
nt5	236	259	308	335	378	396	680	665	725
sd5	344	351	374	479	552	626	932	917	972
sl5	487	440	514	591	631	760	1.107	971	906
Média	341	350	404	470	539	612	898	853	896
Brasil	262	284	354	419	467	541	772	726	746

Fonte: O gasto e as fontes do financiamento do SUS nos municípios brasileiros de 2003 a 2018. *Revista Ambiente Contábil* - UFRN – Natal-RN. v. 12, n. 2, p. 200 – 218, Jul./Dez. 2020, ISSN 2176-9036.

Legenda: rgfxp: composição da região geográfica e da faixa populacional conforme segue: co: Centro-oeste; nd: Nordeste; nt: Norte; sd: Sudeste; sl: Sul. Faixa 1: até 10.000 habitantes; faixa 2: entre 10.001 e 50.000; faixa 3: entre 50.001 e 300.000; faixa 4: entre 300.001 e 1.000.000; faixa 5: acima de 1.000.000.

O estudo chefiado por Crozatti expõe ainda que, nos gastos relativos à subfunção assistência básica, os municípios de grande porte detêm maiores gastos com o atendimento primário à saúde de seus moradores.

Os municípios maiores tem maior tendência de terem hospitais secundários e terciários em sua estrutura de atendimento. Os municípios maiores destinam perto de 30% dos recursos da saúde à atenção básica. Os menores ficam próximos a 70%. Outra comparação possível é que enquanto os municípios maiores tem diminuída a proporção de gastos com a atenção básica, os menores aumentam esta proporção. Os recursos transferidos pela União para o financiamento da Estratégia Saúde da Família estão inclusos nestes números.²²⁹

O mesmo ocorre com os gastos com a atenção hospitalar, que aumenta à medida que o município é maior.

O aumento de gastos dos municípios também é mais expressivo nos serviços de atendimento hospitalar, retratando um cenário onde os serviços com atenção às políticas de prevenção à saúde têm recebido menores volumes de recursos se comparados aos serviços especializados dos níveis secundário e terciário.

Relativamente ao percentual da participação das transferências da União, estados, outros municípios e recursos próprios no financiamento dos gastos com a saúde nos municípios brasileiros, as conclusões foram de que os municípios nordestinos foram os que receberam maiores recursos proporcionalmente aos gastos.

Quanto à participação dos recursos transferidos da União para os municípios com até 10 mil habitantes financiarem os gastos com a função saúde, observa-se que os municípios do Nordeste são os que mais receberam proporcionalmente aos gastos, maior volume de recursos transferidos do governo central. Como evoluíram de pouco mais de 30% para quase 40% na série, identifica-se a forte dependência dos pequenos municípios do Nordeste desta fonte de recursos. Os menos dependentes são os das regiões Sul e Sudeste, já que no final da série, os recursos da união, para estes municípios, representam proporções superiores a 22%. Evolução da proporção dos recursos próprios dos municípios com até 10 mil habitantes utilizados nos gastos com a função saúde de 2003 a 2018: para este perfil de município, para todas as regiões geográficas, há certa estabilidade na proporção, indicando que as fontes de recursos próprios para uso nas funções Saúde destes municípios não se modificou no período. Identifica-se que, apesar do crescimento nos valores dos gastos, a participação da União e dos recursos próprios não teve alteração no período dos anos analisados, ou seja, os valores cresceram significativamente e foram financiados nas mesmas proporções entre as transferências diretas para via blocos de financiamento do Governo Federal e os municípios. Em outras palavras, observa-se que o governo federal proporcionou significativo aumento no volume de repasses, que foi acompanhado pelas outras fontes de financiamento nos municípios. A exemplo dos municípios com até 10 mil habitantes, que aqueles que têm população entre 50.001 e 300 mil em 2018 também tiveram a proporção de recursos transferidos pela união em relação aos gastos com saúde relativamente estabilizado no período. Porém, em patamares ligeiramente maiores. Os municípios do Nordeste e do Norte são novamente destaques como os que mais receberam recursos proporcionalmente da União e os do Sul e Sudeste como os que menos receberam recursos proporcionais aos gastos.²³⁰

²²⁹ MENDES, Áquilas.; MARQUES, Rosa Maria. O financiamento da Atenção Básica e da Estratégia Saúde da Família no Sistema Único de Saúde. *Saúde em debate*. vol. 38 n. 103, Rio de Janeiro, Oct./Dec., 2014. p. 900-916.

²³⁰ MENDES, Áquilas.; MARQUES, Rosa Maria. O financiamento da Atenção Básica e da Estratégia Saúde da Família no Sistema Único de Saúde. *Saúde em debate*. vol. 38 n. 103, Rio de Janeiro, Oct./Dec. 2014. p. 900-916.

Outro dado relevante, qual seja, o uso dos recursos próprios, pelos municípios, gastos nos serviços públicos de saúde, evidenciou a discrepância regional brasileira. Isto porque se constata que os municípios da região Centro Oeste, Sul e Sudeste são, nessa ordem, os que mais usam recursos próprios. Já os municípios das regiões Nordeste e Norte são os que menos usam esta fonte de recursos, proporcionalmente aos gastos.

5.4 Sistema Único de Saúde como instrumento de intervenção direta do Estado no mercado

A principal característica do capitalismo é o predomínio das relações mercantis, a que tudo precificam, bem como pela contenda entre o capital e o trabalho, entreposto pela relação salarial e pela mais-valia. No âmbito dessa nomenclatura, e preservadas essas particularidades elementares, são possíveis diferentes modelos de acumulação capitalista, assinalados por diversas formas institucionais, sendo o modo da relação salarial apenas uma delas.²³¹

Para Rodrigo Cavalcanti, múltiplos são os sentidos para o mercado:

No ordenamento jurídico pátrio, o mercado é um conceito ao mesmo tempo difuso, privado e público, já que compreende toda a coletividade e preza pela satisfação dos Direitos Humanos em todas as suas dimensões.

[...]

O mercado, portanto, é um conceito polissêmico, sendo seus fundamentos, características peculiares e finalidades sempre fruto de certo sistema jurídico e de determinadas políticas econômicas que, afinal, norteiam seu significado, conformando certa ideologia associada a interesses subjacentes.²³²

Em relação à natureza do mercado, Cavalcanti prossegue, asseverando:

[...] o mercado é instituto eminentemente jurídico. A partir do momento em que se impõe, corroborado pelo Estado, vale-se dos critérios normativos para se configurar como forma de relação interpessoal legítima e dotada de licitude, composta de regras e pressupostos necessários para o seu fortalecimento estrutural, impondo-se livremente na condição de linguagem essencial da organização social, política e cultural.²³³

²³¹ BOYER, Robert. *Teoria da regulação: os fundamentos*. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 57-62.

²³² CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. *CADE: o oligopólio no Estado brasileiro de intervenção necessária*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2015. p. 21 e 27.

²³³ CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. *CADE: o oligopólio no Estado brasileiro de intervenção necessária*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2015. p. 25.

É neste cenário que, no exame da efetivação do direito à saúde se apresenta necessário a verificação da intervenção direta do Estado no mercado por intermédio do Sistema Único de Saúde.

Esping-Andersen trabalha com o conceito *decommodification* (desmercantilização²³⁴): quando um serviço se transforma em direito, garantido pelo Estado, deixa de depender do mercado e, por consequência, abandona seu caráter de mercadoria. Vale dizer, o potencial interessado ou beneficiário daquele serviço não precisa adquiri-lo no mercado, não necessita pagar por ele.

Nesse seguimento, o Estado de Bem-Estar Social tem por objetivo principal desvincular a sobrevivência do indivíduo do mercado, retirando dos direitos sociais a índole de “mercadoria” (desmercantilização). Contudo, essa desmercantilização pode ocorrer em diferentes graus, em conformidade com os contornos que as instituições de proteção social irão assumir.

Para tanto, no caso do Sistema Único de Saúde, é preciso que as ações e os serviços prestados assegurem, efetivamente, a saúde de toda a coletividade. Ainda, a concessão desses serviços deve ser desvinculada de demonstração de necessidade financeira, abrangendo atendimentos para situações além da noção de risco social. Ademais, para desmercantilizar o bem-estar, o que se inclui a saúde, deve-se livrar de quaisquer imposições contraprestacionais. O direito à saúde carece de ser concebido e encarado como serviço público, não mera contrapartida a pagamento anterior.

No que se refere aos custos da seguridade social, incluída a saúde, quanto maior a distribuição do produto a ser utilizado com ela, mais elevada é a distribuição dos recursos públicos por critérios alheios ao mercado, socializados e decorrentes de políticas que afetam a regulamentação jurídica. A oposição ou crítica a esse fato possui embutida a ideologia de que é preferível deixar esses valores sob o mercado e não os sujeitar à decisão política, estatal e constitucional.

O panorama brasileiro demonstra que a desmercantilização não é o ponto final, sendo corriqueiro o fenômeno denominado *recommodification* (remercantilização): aquilo que havia deixado de ser mercadoria volta a sê-lo.²³⁵ Isso significa que os menos abastados economicamente usam os serviços oriundos do Estado, mas os ricos continuam a optar pelo

²³⁴ ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The three worlds of welfare capitalism*. New Jersey: Princeton university, 1990, imp. em 1998.

²³⁵ ZIMMERMANN, Clóvis Roberto; SILVA, Marina da Cruz. *O princípio da desmercantilização nas políticas sociais*. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792009000200010. Acesso em: out. 2020.

mercado. A solução apontada seria o cerceamento do mercado, adotando medidas políticas, jurídicas e econômicas que diminuíssem ou suprimissem sua participação. Ademais, a melhoria na qualidade da prestação de serviços públicos reduz ou extingue a necessidade de contratação de serviços privados.

Evilásio Salvador analisa que, se o financiamento dos direitos sociais ocorre através dos impostos incidentes sobre a renda dos trabalhadores, o que sucede é a mera intensificação da extração de mais-valia, agora assenhorada pelo Estado por meio de fundo público, e não desmercantilização²³⁶. A prestação persiste em ser mercadoria, neste momento provida pelo poder estatal, em contrapartida ao pagamento de um tributo, que opera como se fosse o preço da benesse. Assim, quanto menor o poder aquisitivo de uma determinada população, maior será a necessidade de transferência de renda para assegurar os benefícios fornecidos pelo Estado.²³⁷

5.5 Eficiência do Sistema Único de Saúde

A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, dispôs, entre outros pontos, sobre os princípios da Administração Pública. Alterando o *caput* do art. 37 da CRFB/88, a EC 19 inseriu a eficiência como mais um dos princípios administrativos, tendo como objetivo conferir à Administração Pública tratamento gerencial. Não obstante a concepção de eficiência não fosse inédita no Direito Administrativo brasileiro, passou a ter valor constitucional, com aplicação tanto na Administração direta quanto na indireta, em todas as esferas do Estado.

Flávio Galdino afirma que:

A eficiência promove a releitura da administração pública, passando a funcionar como parâmetro de legitimação do Estado de Direito – para ser realmente legítimo, um Estado e a sua respectiva agenda administrativa devem ostentar padrões de eficiência.²³⁸

Introduzido na CRFB de 1988, ainda é grande a variedade de interpretações dadas, pela doutrina brasileira, ao princípio da eficiência.

²³⁶ SALVADOR, Evilásio. *Fundo público e seguridade social no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 89.

²³⁷ SILVA, Fernando A. Resende e MAHAR, Dennis. *Saúde e previdência social: uma análise econômica*. Rio de Janeiro: IPEA/INPES - Coleção Relatórios de Pesquisa, 1974. p.71.

²³⁸ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 258.

A doutrina jurídica tradicional²³⁹ entende que o mencionado princípio impõe à Administração o dever de organização e ação, de maneira a alcançar o melhor resultado possível aos indivíduos, identificando-o com convicções de celeridade e economicidade. Neste seguimento, José dos Santos Carvalho Filho e Fernanda Marinela, conferem à eficiência a concepção de diminuição de custos para a Administração, por intermédio de métodos, instrumentos ou tecnologias que importem em menor gasto e menor tempo para a consecução das metas ambicionadas.²⁴⁰²⁴¹

Doutrinadores outros, dentre eles Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Dirley da Cunha Júnior e Hely Lopes Meireles, aliam a eficiência à procura de melhores desempenhos ou resultados, sem vincular, necessariamente, à redução de custos.²⁴²

Outra corrente de pensadores cinge o princípio da eficiência ao “dever de boa administração”, definição importada do direito italiano, que “impõe Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com *rapidez, perfeição e rendimento*”²⁴³. Celso Antônio Bandeira de Melo abraça essa ideia²⁴⁴.

Ainda no ambiente da doutrina tradicional, existem alusões ao princípio da eficiência sob a ótica de ser ele um direito exigível pelo cidadão contra a Administração Pública. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho aponta o foco para administrado, asseverando que:

Pretendeu o governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários.²⁴⁵

No campo também da doutrina clássica, percebe-se claro aporte de outras ciências,

²³⁹ Diz-se por “doutrina jurídica tradicional” aquela apresentada em manuais e cursos, principalmente de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, que, por se perfazerem de instruções mais objetivas e sintéticas, tem alcance mais abrangente entre os juristas, formados ou em formação. Não se pretende, com isso, realizar nenhuma crítica à metodologia utilizada por esses autores, sendo cristalino o reconhecimento da importância deles como um mecanismo de contato inaugural do jurista com os referidos campos de estudo.

²⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁴¹ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2010.

²⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28ª ed. atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003. (Salienta-se que esta citação se faz em deferência à autoria inicial da obra, visto que o autor faleceu antes da positivação da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a concepção apontada aquela dos atualizadores de sua obra).

²⁴³ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21.

²⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

²⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 30.

como a Administração e a Economia, sobre o ordenamento jurídico brasileiro, revelando-se na análise de custo-benefício dentro das atividades estatais. São anexadas, em vista disso, fórmulas do direito privado na Administração Pública, prática batizada por alguns doutrinadores como “privatização”.²⁴⁶

Certo é que a inclusão da eficiência no rol de princípios constitucionais administrativos visa, portanto, promover uma alteração nos traços da Administração Pública, introduzindo um novo “cuidado” no agir administrativo e no controle dessas ações: a redução dos gastos públicos e a maior atenção à obtenção de resultados.

Mas essa busca por melhores resultados, com menos dispêndio, deve coadunar-se com os demais ditames constitucionais, e não apenas com os princípios específicos da Administração Pública arrolados no art. 37 da CRFB/88. A eficiência deve ser concebida dentro dos valores e objetivos da Constituição Federal, seja a conservação do Estado Democrático de Direito, por intermédio da legalidade estrita do agir estatal, seja a garantia da dignidade da pessoa humana, por meio da proteção dos direitos fundamentais.

A eficiência tem o condão de alterar o perfil da Administração Pública, acrescentando novo tópico na interpretação e na aplicação de suas normas. Entretanto, essa mudança de arquétipo não remodela a índole social do Estado brasileiro, motivo pelo qual essa eficiência deve ser estendida à prestação dos direitos sociais, melhorando-a, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana.

Para além das concepções jurídicas, a eficiência deve ser analisada sob os holofotes da Economia, porquanto sua relevante contribuição para os juristas. Além disso, a incorporação do princípio da eficiência ao texto constitucional se fez como parte de uma reforma jurídica-administrativa, que objetivava acrescentar práticas típicas das ciências da Economia e da Administração de Empresas para o mundo jurídico, como já dito. A análise do princípio não pode prescindir, por isso, das cooperações econômicas.

Em verdade, a separação se faz apenas para fins metodológicos, vez que a compreensão do princípio da eficiência deva ser complementar, oriunda das contribuições de juristas e economistas, com intuito, notadamente, de estabelecer quando se pode julgar o gasto de um recurso como otimizado.

O estudo da eficiência, pelos economistas, remonta, pelo menos, ao início do século XX, na obra de Vilfredo Pareto. Portanto, as ciências econômicas se debruçaram sobre o tema

²⁴⁶ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 249.

bem antes de qualquer contribuição jurídica.²⁴⁷

Na Economia, geralmente a eficiência é analisada no cenário mercadológico, isto é, nas relações de trocas de bens no mercado. Pode ser resumida como a relação entre os custos e os benefícios agregados a uma situação posteriormente a uma certa conduta.²⁴⁸ Encerrado nesse cenário de mercado, custos e benefícios são entendidos em uma vertente estritamente material ou monetária.

Todavia, para o entendimento como norma jurídica, a eficiência que interessa é aquela que se refere à relação entre benefícios e custos compreendidos como utilidades, não especificamente com valor monetário ou material. Esse é o sentido desenvolvido por Pareto. Conforme explana Richard Posner, Pareto expande seus estudos da eficiência “como solução para o problema clássico do utilitarismo prático, ou seja, o de medir a felicidade das pessoas para avaliar o efeito de uma política na utilidade total da sociedade”²⁴⁹.

O conceito de eficiência, segundo Pareto, recebeu grande aceitação na teoria econômica. Já em meados do século XX, Nicholas Kaldor e John Hicks também desenvolveram estudos sobre a eficiência, que pode ser analisada sob esses dois critérios, que receberam o nome de seus respectivos autores. Em ambos os critérios, de Pareto e de Kaldor-Hicks, existe a necessidade de uma análise comparativa entre duas situações, com o fito de se averiguar o ganho ou não de utilidade.

De acordo com o critério de Pareto, uma determinada situação é mais eficiente que outra se, na passagem da primeira para a segunda, ampliar-se a utilidade para alguém, sem que esta seja diminuída para mais ninguém. Considerando que a medida de utilidade é completamente subjetiva, não sendo possível aferi-la objetivamente, Pareto encontra no consentimento a única maneira de conhecer se a utilidade aumentou ou não, assim dizendo, se os indivíduos envolvidos na transação consentiram com sua realização é porque enxergaram na mudança realizada um ganho de utilidade. Feitas as alterações consentidas até que a utilidade não possa mais ser melhorada sem que isso implique a piora da situação de alguém, tem-se o que se chama de “Ótimo de Pareto”. Deste modo, “um ótimo de Pareto é aquela situação em que não há mudança que melhore a situação de um agente sem piorar a situação pelo menos de um outro

²⁴⁷ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

²⁴⁸ Esse conceito é trabalhado por Krugman e Wells (2007), Mankiw (2001) e Pinheiro e Saddi (2005). Ocupando-se dessa base exclusivamente econômica, Rachel Sztajn traduz eficiência como “aptidão para atingir melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira a mais produtiva” (SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZYLERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 81).

²⁴⁹ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007a. p. 105.

agente”²⁵⁰ .

Posner afirma que na seara de mercado o critério de Pareto enfrenta alguns problemas, visto que tal critério não considera os efeitos das mudanças sobre terceiros, bem como outras condições de mercado, como por exemplo na ocorrência de monopólios.²⁵¹

No campo das políticas públicas o critério de Pareto também encontra dificuldades de ser aplicado. Isto porque, a quantidade de sujeitos envolvidos, que acarreta na dificuldade para se averiguar o consentimento de todos, e, por conseguinte, aferir o ganho de utilidade dos envolvidos, pode tonar inexecuível a utilização do critério.

Guido Calabresi e Philip Bobbit, defendendo a não aplicação do critério de Pareto para apreciação de políticas públicas, afirmam:

No seu lugar, devemos utilizar um outro [critério] como o seguinte: em qualquer realocação de recursos proposta, os vencedores devem parecer capazes de compensar os perdedores, e a mudança na distribuição trazida deve ser, de alguma forma, favorável, ou não tão desfavorável ao ponto de ofuscar, dadas as comparações intersubjetivas, o fato de que alguns ganharam mais do que outros perderam.²⁵²

O segundo critério de aferição da eficiência, qual seja, o critério de Kaldor-Hicks, parece encontrar maior compatibilidade com as políticas públicas, isto porque nele se defende a possibilidade da mudança eficiente na destinação de recursos em que alguns sujeitos sejam prejudicados, desde que exista um ganho de utilidade para outros que compense a perda dos primeiros, em um modelo de compensações teóricas. Neste caso o ganho de utilidade não é aquele considerado individualmente, como ocorre no critério de Pareto, mas o ganho de utilidade do grupo de indivíduos envolvidos. Pinheiro e Saddi afirmam que o critério de Kaldor-Hicks “contrasta com o de Pareto, por levar em conta a soma dos efeitos líquidos em todos os agentes, e não em cada um deles individualmente”²⁵³.

Em conformidade com o critério de Kaldor-Hicks, as perdas de utilidade por algum indivíduo ainda podem ser consideradas eficientes, desde que o ganho alcançado por outros

²⁵⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 120-121.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 106.

²⁵² CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W. W. Norton & Company, 1978. p.85-86 (Originalmente: “In their place, we should use something like the following: In any proposed reallocation of resources the winners must appear to be able to compensate the losers and the actual distributional change brought about must either be, in some sense, favorable or not so unfavorable as to outweigh, given interspersed comparisons, the fact that some have gained more than others have lost”).

²⁵³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 121.

seja capaz de compensar o perdedor, preservando um ganho líquido total positivo. O modo de compensação entre vencedores e perdedores pode se diversificar, por instrumentos de distribuição posterior (tributos, por exemplo) ou por intermédio de externalidades positivas. Mais uma vez, Pinheiro e Saddi lecionam: “A eficiência de Kaldor-Hicks se baseia, portanto, na possibilidade de compensação – em que os custos com o pagamento do prêmio são inferiores aos benefícios gerados, o que explica por que todos podem se encontrar em melhor posição”.²⁵⁴

O critério de Pareto é mais exigente que o de Kaldor-Hicks, por isso este último se mostra mais fácil de ser utilizado. Provavelmente seja essa a razão da maior aceitação, enquanto critério econômico de eficiência, do critério de Kaldor-Hicks pelos juristas²⁵⁵, como uma proposta de aplicabilidade da eficiência no âmbito jurídico, especialmente na avaliação de políticas públicas. Com esse entendimento, podem ser citados, na doutrina estrangeira, nomes como Richard Posner, Guido Calabresi e Philip Bobbit²⁵⁶, e, na doutrina nacional, Rachel Sztajn, Armando Castelar Pinheiro, Jairo Saddi, Bruno Salama e Ivo Gico Jr.

Tanto em um critério como em outro, a eficiência é avaliada com fundamento na situação alcançada, ou, em outras palavras, com base nas consequências de uma certa realocação de recursos. O alicerce avaliativo é o resultado final de uma alteração no *status quo*. Isso demonstra a importância da abordagem consequencialista do princípio, o que significa que uma ação somente será considerada eficiente após se analisar as consequências decorrentes dessa conduta.

A contribuição desses critérios se encontra em consonância com os objetivos da reforma administrativa que ensejou a positivação da eficiência. A referida reforma objetivou inserir na Administração Pública um maior cuidado e preocupação com a conquista de resultados, ao invés do apego somente à legalidade dos meios de atuação.

Resta claro que, se as convicções jurídicas de eficiência contribuem para a análise pragmática da atuação da Administração Pública, com mais acuidade a elementos materiais como os gastos de recursos públicos, as concepções econômicas orientam um dever de análise consequencialista dessa Administração.

Já no que se refere à concretização dos direitos sociais, que se efetivam, em regra, por meio de condutas estatais, tem-se que a qualidade da prestação dos serviços públicos é

²⁵⁴ *Idem*.

²⁵⁵ A designação de “juristas” refere-se àqueles juristas que tentam trazer métodos e conceitos da Economia como contribuição para o estudo do Direito. Estão geralmente afeitos à escola que se estudará ainda neste trabalho, a Análise Econômica do Direito.

²⁵⁶ Quanto a Calabresi e Bobbit, cumpre afirmar que os autores não afirmam expressamente que comungam do critério de Kaldor-Hicks. No entanto, o critério de eficiência que defendem (1978, p. 85-86), já citado, apresenta forte similitude com o critério de Kaldor-Hicks.

comumente objeto de questionamento em relação a sua eficiência, a ponto de se perquerir sobre a capacidade produtiva e de atendimentos aos anseios dos indivíduos beneficiados pelos serviços efetuados.²⁵⁷

Behn demonstra que a morosidade e burocracia são predicados geralmente atribuídos à administração pública, o que reflete o cetismo da sociedade em relação à capacidade das entidades públicas de arcarem com os objetivos que se propõem. O autor continua e afirma que muitos sugerem que entidades caracterizadas por terem gerenciamento público detêm limitações contextuais severas que danificam essencialmente o desempenho e a contrapartida conjecturada pela sociedade, e, problemas como a lentidão, burocracia e ineficiência são habitualmente associados à administração pública, gerando na sociedade a denominada crise de confiança referente à aptidão das entidades públicas em produzirem os resultados esperados.²⁵⁸

Mwita reconhece a tendência pessimista no tocante aos serviços públicos, afirmando que eles são habitualmente encarados como não produtivos e ineficientes. Contudo, o autor indica a “nova gestão pública” como alternativa para refutar o ambiente de incerteza e desconfiança exposto.²⁵⁹ O destaque dessa proposta é a descentralização e a modernização da prestação dos serviços públicos, por meio de medidas de desempenho direcionadas para as aspirações dos beneficiários do serviço executado.

Por sua vez, Sanderson entende que a proposta de uma possibilidade de qualidade do serviço público precisa, necessariamente, passar pelo reconhecimento dos pressupostos em que se baseia, pois contrariamente à iniciativa privada, onde a base é a otimização da escolha individual, no serviço social a ênfase é dada ao contexto social de forma ampla, e comumente as pessoas atingidas pelas escolhas é em quantidade superior.²⁶⁰

O autor²⁶¹ adentra a discussão e aduz que os objetivos sociais e o alcance de metas de resultados devem estar escorados pela argumentação do juízo de valor explícito, e os debates acerca dos modos de se alcançar os resultados no cenário público perpassam por essa discussão, por isso sugere que a replicação de modelos de mercado para auferimento de eficiência nos serviços públicos deve ser examinada com as precauções necessárias, tendo em vista que o corte

²⁵⁷ MWITA, J. I. Performance management model: a systems-based approach to public service quality. *International Journal of Public Sector Management*, 2000, p. 19-37.

²⁵⁸ BEHN, R. O novo paradigma da gestão pública e a busca da accountability democrática. *Revista do Serviço Público*, 1998. p. 5-45.

²⁵⁹ MWITA, J. I. Performance management model: a systems-based approach to public service quality. *International Journal of Public Sector Management*, 2000.

²⁶⁰ SANDERSON, I. Evaluation, learning and the effectiveness of public services: towards a quality of public service model. *International Journal of Public Sector Management*, 1996. p. 90-108.

²⁶¹ *Idem*.

de recursos ou custos na iniciativa privada podem oportunizar metas positivas de imediato, entretanto, em serviços públicos essenciais o igual procedimento pode ofertar consideráveis resultados negativos.

Nessa conjuntura se insere o debate sobre a qualidade dos serviços públicos de saúde, especialmente por se tratar de um recurso que pode auxiliar no salvamento de vidas, ou, no caso de ineficiência e falta de qualidade, acarretar a perda delas.

D'Innocenzo, Adami e Cunha ressaltam que um pediatra armênio, Donabedian, projetou um modelo de avaliação da qualidade dos serviços de saúde com fundamento na teoria dos sistemas e a noção de indicadores de estrutura, fazendo adaptação dos procedimentos a realidade hospitalar.²⁶² O modelo criado pelo médico sugere a avaliação da qualidade a partir da estrutura, do processo e dos resultados alcançados e tem sido a base de diversos estudos que investigam a qualidade dos serviços de saúde.²⁶³

O panorama dessa composição procura avaliar questões como a área física, recursos humanos, materiais e financeiros, sistemas de informação e os instrumentos necessários para viabilizar operacionalmente o ambiente de atuação.²⁶⁴ De acordo com os autores, a perspectiva do processo analisa se a prestação do serviço é correlata com os padrões técnico-científicos admitidos pela comunidade científica. Por derradeiro, os resultados são medidos diretamente por meio do estado de saúde do beneficiário do serviço prestado, bem como a satisfação deste indivíduo e dos colaboradores envolvidos na prestação do serviço hospitalar.²⁶⁵

Comensurar a qualidade dos serviços públicos de saúde pode ser o fundamento essencial para a propositura de mecanismos eficientes e que atendam aos anseios dos usuários dos serviços, assim sendo, o conhecimento das particularidades intrínsecas ao serviço de saúde pode ser extremamente relevante.

Afora as particularidades que circundam as características dos serviços de saúde e a dificuldade em medir a qualidade, é necessário compreender que os sujeitos possuem uma concepção pessoal no que se refere ao que vem a ser qualidade, podendo esta ser julgada sob o enfoque de culturas diferentes ou de valores diversos de determinado grupo.²⁶⁶

A discussão acerca da qualidade na prestação dos serviços públicos de saúde atravessa

²⁶² D'INNOCENZO, M., ADAMI, N. P. & CUNHA, I. C. K. O. O movimento pela qualidade nos serviços de saúde e enfermagem. *Revista Brasileira de Enfermagem*, 2006. p. 84-88.

²⁶³ D'INNOCENZO, M., ADAMI, N. P. & CUNHA, I. C. K. O. O movimento pela qualidade nos serviços de saúde e enfermagem. *Revista Brasileira de Enfermagem*. 2006, p. 84-88.

²⁶⁴ *Idem*.

²⁶⁵ *Idem*.

²⁶⁶ FADEL, M. A. V. & RÉGIS FILHO, G. I. Percepção da qualidade em serviços públicos de saúde: um estudo de caso. *Revista de Administração Pública*, 2009. p. 07-22.

também a questão da escassez de recursos.²⁶⁷ Segundo alguns autores, entre eles Malik & Teles e Mills & Spancer, asseguram que no setor da saúde os custos são elevados e as receitas geralmente diminutas, os conflitos por recursos são latentes e parece distante o equilíbrio.²⁶⁸

Desta maneira, é essencial tratar da importância da eficiência do Sistema Único de Saúde, que possui grandes custos e, em contrapartida, o dever de prestar serviços e atendimentos de qualidade, considerando que os serviços de saúde são imprescindíveis numa sociedade e os recursos disponíveis são limitados.

Debater a eficiência do SUS perpassa por discutir como os recursos são aplicados e o retorno proporcionado aos cidadãos, salientando que serviços de alta qualidade escorados em gastos exorbitantes, a ponto de inviabilizar o desenvolvimento de outros serviços essenciais, deve ser objeto de cuidado constante dos administradores de recursos públicos.

Greiling afirma que uma das maneiras de se alcançar a eficiência dos serviços públicos é a medição de desempenho. De acordo com esse autor, essa abordagem se fortalece cada vez mais no âmbito dos moldes de gestão pública, o que pode ser atribuído à crescente influência dos modelos da iniciativa privada nos processos de gestão de projetos públicos. Os relatórios de desempenho são atrelados à aferição de eficiência como um instrumento de controle e monitoramento da prestação de serviços públicos.²⁶⁹

Andrews e Entwistle apontam o formato de parceria público-privada como um protótipo que tem o condão de proporcionar uma maior eficiência e eficácia para o âmbito da prestação de serviços públicos. Para eles, essas parcerias são encaradas como coligações estratégicas entre empresas do setor privado e entidades ligadas ao setor público, onde os principais resultados esperados são a melhoria da qualidade da gestão e o suprimento da escassez de recursos.²⁷⁰

Contudo, Smith e Street centralizam a preocupação na necessidade de compreender os limites exigidos pela análise da eficiência dos serviços públicos, defendendo também a premência de medição, por parte dos gestores das organizações públicas, dessa eficiência.²⁷¹

²⁶⁷ MARINHO, A. Avaliação da eficiência técnica nos serviços de saúde nos municípios do estado do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Economia*, 2003, 515-534; e MILLS, A. E. & SPENCER, E. M. Values based decision making: a tool for achieving the goals of healthcare. *HEC Forum*, 2005. p. 18-32.

²⁶⁸ MALIK, A. M. & TELES, J. P. Hospitais e programas de qualidade no estado de São Paulo. *Revista de Administração de Empresas*, 2001. p. 51- 59. ²⁶⁸ MILLS, A. E. & SPENCER, E. M. Values based decision making: a tool for achieving the goals of healthcare. *HEC Forum*, 2005. p. 18-32.

²⁶⁹ GREILING, D. Performance measurement: a remedy for increasing the efficiency of public services? *International Journal of Productivity and Performance Management*, 2006. p. 448-465.

²⁷⁰ ANDREWS, R. & ENTWISTLE, T. Does cross- sectoral partnership deliver? An empirical exploration of public service effectiveness, efficiency and equity. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2010. p. 679-701.

²⁷¹ SMITH, P. C. & STREET, A. Measuring the efficiency of public services: the limits of analysis. *Journal of the Royal Statistical Society*, 2005. p. 401-417.

Os mesmos autores²⁷² entendem que a dificuldade de detectar um mecanismo de medição da eficiência dos serviços públicos é reputada natural, porquanto a complexidade contextual envolvida. Para eles, a ineficiência propriamente dita não é observável de forma isolada, denotando que a medição passa pela identificação de fenômenos observáveis, e isso abrange os seguintes processos: i) medição de fenômenos observáveis (saídas, insumos, custos, preços); ii) identificação de alguma relação entre os fenômenos; iii) definição do comportamento eficiente; iv) cálculo da diferença entre a observação da organização e o número máximo possível de execução de determinado serviço; v) julgamento de quanto à diferença medida é atribuível à ineficiência.

Marinho entende que, de modo geral, a avaliação da eficiência dos serviços públicos de é crucial, mas a medição da eficiência do setor público de saúde mostra-se particularmente relevante por se tratar de um dos principais receptores de recursos financeiros da administração pública brasileira. E continua, afirmando que a preocupação com a aplicação dos recursos da saúde pode orientar o planejamento das políticas públicas na medida em que busca estabelecer a relação entre os resultados obtidos e os escassos recursos empregados.²⁷³

No mesmo sentido, Souza e Scatena destacam a complexidade peculiar à prestação de serviços hospitalares e o elevado volume financeiro que a sociedade aplica na manutenção dos serviços de saúde no Brasil, justificativas essas suficientes para se rastrear instrumentos que colaborem na conquista de dois objetivos fundamentais no segmento: a qualidade dos serviços associada à eficiência na alocação dos recursos.²⁷⁴

O sistema de saúde brasileiro, apesar de enfrentar desafios, tem se mostrado eficiente. O Brasil se destaca de outros países que possuem um sistema público de saúde por ser o único, com mais de 200 milhões de habitantes, a fornecer serviços a toda a população. Essa diferença ocorre porque outros países até detêm sistemas públicos de saúde, mas eles não são gratuitos na totalidade.

O SUS oferece, desde sua origem, atendimento aos pacientes, fornecimento de medicamentos e a vigilância em saúde. O fornecimento de remédios é, em partes gratuito, sendo contemplados os fármacos que protegem contra a pressão alta, diabetes, Aids, Alzheimer e asma, além daqueles dispostos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

Afora a assistência à saúde e o fornecimento de medicamentos, o SUS ainda oferece

²⁷² *Idem.*

²⁷³ MARINHO, A. Avaliação da eficiência técnica nos serviços de saúde nos municípios do estado do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Economia*. 2003, p. 515-534.

²⁷⁴ SOUZA, P. C. de & SCATENA, J. H. G. Aplicação da gestão de custos para o aumento na eficiência dos hospitais públicos. *Revista de Administração em Saúde*. 2010. p. 195-207.

diversos outros serviços, entre eles: regulação de hemocentros; financiamento de pesquisas epidemiológicas; atendimento de emergência pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU); fiscalização da qualidade dos alimentos em supermercados por intermédio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); vacinação de bebês e crianças através do Programa Nacional de Imunização; realização de exames e internações; efetuação de consultas e procedimentos odontológicos, bem como consultas e sessões com psicólogos e fisioterapeutas; atendimentos domiciliares por intermédio do Programa Saúde da Família.

Durante a pandemia do novo coronavírus (Sars-Cov-2), que assola o país desde 2020, mesmo com a falta de implementação financeira, o Sistema Único de Saúde tem se mostrado crucial para seu enfrentamento e no amparo a todos os brasileiros, especificamente na mobilização e construção de leitos de UTI, na realização de exames para a detecção da doença, na implantação de ações de monitoramento e avaliação, instituição de centros operacionais e estratégicos, ampliação de corpo clínico e no fornecimento de vacinas, entre outros.

No entanto, mesmo com essas ações, dados²⁷⁵ fornecidos pela Câmara dos Deputados revelam que a saúde não tem sido uma prioridade para o governo federal, tendo em vista que apenas 8% das verbas foram destinadas para o setor da saúde.

O governo investiu, entre os meses de março e outubro, R\$ 470 bilhões em ações de combate à Covid-19, mas desse total, somente R\$ 37,7 bilhões foram disponibilizados para pagar despesas do Ministério da Saúde, como contratação de médicos e equipamentos para hospitais, e de outras pastas, como a do Turismo.

O setor financeiro recebeu a maior fatia do valor. No total, entre despesas com o auxílio emergencial e gastos adicionais, o Ministério da Economia recebeu R\$ 374 bilhões, o que representa 80% do montante.

O auxílio para estados e municípios também pesou no orçamento. Os vinte e seis estados e o Distrito Federal receberam cerca de R\$ 78 bilhões em dez meses. O valor totaliza 17% dos investimentos da União com a doença.

Verifica-se, assim, que houve uma falta de planejamento dos recursos: quase uma exclusividade para isenções fiscais, repasse para estados e municípios e sem os devidos critérios. À vista disso, os recursos destinados para a saúde foram desproporcionais.

Fica evidente que, apesar dos inúmeros pontos positivos, há ainda deficiências a serem suplantadas na prestação dos serviços públicos de saúde pelo Sistema Único de Saúde, vez que

²⁷⁵ Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/701831-gastos-do-governo-com-pandemia-chegam-a-r-382-bi-na-saude-e-r-27-bi-na-cultura/>. Acesso em: jan. 2021.

a gestão dessa área pública é complexa.

No Brasil, ainda é preciso a implementação de mais cuidados com os indivíduos, além de mais investimentos, que sejam de fato fiscalizados, pela população e pelo próprio poder público, no intuito de se fornecer um serviço público de saúde de melhor qualidade.

6 EFETIVAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE E O ORÇAMENTO PÚBLICO

A saúde foi retratada pelo constituinte originário como um direito fundamental social. Para além de sua abrangência comunitária, a saúde se perfaz como direito individual, advindo daí sua natureza híbrida: subjetiva e pública, constituindo tanto em um direito de cada cidadão quanto em um dever do Estado para com toda a coletividade.

Enquanto direito positivo, a saúde é assegurada a todos e dever do Estado, a ser garantida mediante a realização de políticas públicas, com acesso igualitário e universal. No ordenamento pátrio brasileiro, a saúde tem papel de destaque, estando definida na Constituição Federal de 1988 como um dos direitos fundamentais sociais do cidadão. Tal direito, de acordo com a previsão constitucional, é dever do Estado como um todo.

O direito à saúde é tratado expressamente em vários dispositivos da Constituição brasileira, entre eles o art. 6º, art. 7º, incisos IV e XXII, art. 23, art. 24, inciso XII, art. 34, inciso VII, alínea “e” e art. 35, inciso III. Apresenta, ainda, uma seção específica inserida no capítulo destinado à Seguridade Social (arts. 196 e seguintes).

Entre os principais decisórios constitucionais, o art. 6º dispõe ser a saúde um direito social ao lado da educação, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

No artigo 23 é imposta a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e assistência pública, competindo à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social, proteção e defesa da saúde, nos termos do inciso XII do art. 24.

A alínea “e” do inciso VII do artigo 34 da CF garante a não intervenção da União nos Estados ou Distrito Federal, exceto para assegurar a 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. Do mesmo modo, o estado não intervirá em seus municípios, nem a União nos municípios localizados em território federal, exceto quando não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Dentro do capítulo destinado à Seguridade Social, a Constituição Federal entendeu ser a saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, considerando como de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos

da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Analisando o detalhamento constitucional do direito à saúde, Ledur conclui que se trata de um direito humano fundamental que exige uma prestação positiva do “Estado” e da sociedade, a ser inserido nas políticas públicas, em igualdade de direito a todos, independentes de classe social, raça, cor ou credo²⁷⁶.

Silva corrobora esse ensinamento ao explicitar que a igualdade da saúde visa o atendimento a todos, “independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais”²⁷⁷.

No mesmo sentido, Sarlet salienta que a Constituição Federal atribui a titularidade do direito à saúde a toda e qualquer pessoa, inclusive ao estrangeiro²⁷⁸. Ainda, na seara do acesso igualitário e universal da saúde, os estudos de Assis, Promotor de Justiça de Minas Gerais, demonstram que “eventual interpretação judicial restritiva do princípio constitucional da universalidade do acesso às ações e serviços de saúde é inconstitucional”²⁷⁹.

Buscando atender aos anseios da população quanto ao direito fundamental à saúde, a Constituição Federal de 1988 procurou estabelecer uma estrutura na qual essas necessidades pudessem ser identificadas e tratadas, de forma rápida e eficaz, contrapondo-se aos ditames antecedentes onde somente os contribuintes do sistema eram beneficiados.

Avaliadas a densidade demográfica e a extensão territorial brasileira, verificou-se a necessidade da criação de um sistema descentralizado, hierarquizado e regionalizado que pudesse, em razão da proximidade com os cidadãos, melhor atendê-los.

Para alcançar esse objetivo, o constituinte nacional determinou, no art. 198 da CF, que as ações e serviços públicos de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade. Ademais, o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, além de outras fontes.

²⁷⁶ LEDUR, José Felipe. *Os direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 89, 2009.

²⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 767, 2007.

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 215, 2012.

²⁷⁹ ASSIS, Gilmar de. SUS para todos: Breves reflexões jurídico-sociais. Avanços e desafios. In: *Saúde: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES Jr., Jarbas; ASSIS, Gilmar de (coord)*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 87, 2013.

No ano de 1990 foi editada a Lei nº 8.080, de 19 de setembro, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Para tanto, uma parcela do orçamento público é direcionada para a área da saúde. Contudo, os cortes orçamentários para esse fim, aliado à má gestão dos recursos existentes, culminam na má prestação desses serviços.

6.1 (In)efetividade das políticas públicas de saúde e a ingerência do Poder Judiciário em sua concretização

Organizacionalmente, a saúde pública é estruturada por um agrupamento único, o Sistema Único de Saúde, composto por uma rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada – diretrizes do federalismo cooperativo –, financiada com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendendo direção única em cada esfera do governo, com competências distribuídas para cada um dos três gestores do SUS, e divisão das responsabilidades pelas ações e serviços, prestando-se a promover a saúde, dando prioridade às ações preventivas e informando à população sobre seus direitos e riscos.

Entretanto, a crise desse federalismo cooperativo é evidente: a ausência de medicamentos, a escassez de procedimentos, a demora no atendimento, a má remuneração dos profissionais da saúde, entre outros, são constantes. Os fatores principais para tal cenário decorrem, entre outros, da competição de recursos entre os entes federativos, da disparidade entre os municípios, principalmente no que diz respeito às capacidades de gestão e de recursos de acolhimento à saúde e das crises fiscais a que as administrações estaduais estão sujeitas, na maioria das vezes em razão da impontualidade no repasse de recursos por parte da União, com o conseqüente abandono da agenda da saúde por parte dos entes hierarquicamente subsequentes.

Por tudo isso, a plenitude de acesso à saúde aos cidadãos está longe de ser indubitável. O poder público é incapaz de prestar um efetivo serviço de saúde à população.

Na prática, esse déficit pode ser constatado pelo exponencial crescimento de demandas judiciais que têm por objeto a prestação de serviços de saúde e/ou o fornecimento de medicamentos, negados aos cidadãos pela via administrativa ou que sequer foram solicitados junto ao ente público. Isto ocorre, nesse último caso, porque o indivíduo, já sabedor do desamparo realtivo ao Poder Executivo, procura diretamente o Poder Judiciário para ver atendidos seus anseios.

Nesta seara, a participação do Poder Judiciário como implementador de políticas públicas se expõe como uma novidade, sendo tal movimento denominado judicialização de políticas públicas. Esse fenômeno não se mostra esporádico, mas representa, juntamente com demais fatores, os reflexos da crise vivenciada pelo Estado nas sociedades contemporâneas, acarretando um afunilamento dos limites entre o político e o jurídico.²⁸⁰ É esta zona, entre política e direito, que autoriza os magistrados a adentrarem em searas tradicionalmente afetas aos poderes políticos.

Isto ocorre porque, as políticas públicas, como já dito anteriormente, têm por finalidade dar concretude aos objetivos do Estado, nos termos do art. 3º da Constituição da República, que prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Por sua vez, para a construção de uma sociedade justa e igualitária, disposta no referido dispositivo constitucional, a realização dos direitos fundamentais é imprescindível.

Adotando-se esse entendimento, para que o Estado atinja os objetivos constantes do art. 3º da CRFB/88, concebe-se uma certa ordem entre as normas constitucionais. Não se trata de uma hierarquia, mas de uma valoração que certos preceitos constitucionais devem receber no instante de sua interpretação, considerando-se que são distintos, apesar de terem sido igualmente instituídos pelo constituinte. Alguns desses dispositivos podem ser alterados por emendas constitucionais, outros são inalteráveis.

Neste ponto, considera-se que as cláusulas pétreas detêm maior importância que as demais normas constitucionais, justamente pela sua imutabilidade, sendo inalcançáveis até mesmo pelo legislador constituinte, haja vista serem fundamentais para o Estado Democrático de Direito.

Desta forma, não obstante a elaboração de um novo texto constitucional poder inovar totalmente o ordenamento em vigor, não existindo limitações jurídicas a serem respeitadas, há

²⁸⁰ “Essa politização da justiça é um fenômeno novo quando considerada a estrutura do poder e funções montadas nos estados liberais do século XIX. A politização era, a sua maneira, comum nos séculos anteriores e é esta a história que interessa aqui. Até o século XVII a justiça distributiva, a justiça das partilhas, não era assunto estranho aos juristas [...]. A modernidade alterou substancialmente este quadro. Pode-se dizer sumariamente que o tema da justiça foi cindido: a justiça das trocas permaneceu com o direito, a justiça das partilhas de coisas comuns deslocou-se para a política. [...] a 'politização' da justiça nas últimas décadas mostrou, no entanto, que os temas da distribuição estão de volta, inclusive pela mão do próprio direito constitucional”. LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a Lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004, pp.198-200.

restrições políticas que devem ser obedecidas.²⁸¹ É o que ocorre com os direitos fundamentais, que em virtude do papel que desempenham, transcendem a própria constituição escrita.

De fato, em razão do elevado patamar dos direitos fundamentais sua valoração é maior que as demais normas constitucionais, consubstanciando-se em supraprincípios direcionadores da atividade do legislador e do intérprete.

Tendo por fundamento tais ponderações, os magistrados determinam a efetivação dos direitos fundamentais. No afã de solucionarem os dilemas postos sob seu crivo, os juízes passam a expedir ordens de tratamentos médicos, em sentido amplo, que devem ser concretizados pelo Estado, com base no direito à vida e à saúde.²⁸²

Todavia, como a função típica do Poder Judiciário não é a implementação de políticas públicas, surgem dificuldades no desempenho dessa atuação. Decorrem daí os posicionamentos dissonantes aplicados para casos análogos, que, por conseguinte, reproduzem um sentimento de injustiça entre os indivíduos e que são resultado da fragmentalidade da consumação de políticas públicas por intermédios de ações individuais.

Outrossim, o caráter excepcional da implantação de políticas públicas pelo Poder Judiciário é objeto de destaque nas decisões judiciais, nas instâncias inferiores e nos Tribunais Superiores, demonstrando ser entendimento pacífico que o Judiciário está agindo apenas em substituição aos demais órgãos do Estado, que atuam ineficazmente ou se mantêm inertes.²⁸³

Ana Paula Barcellos pondera acerca das críticas em desfavor da ingerência do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, salientando que a oposição decorre do suposto entranhamento do Judiciário em deliberações políticas e não jurídicas, violando fundamentos constitucionais. Contudo, Barcellos assevera que anteriormente às críticas da interferência de tal Poder na seara da política, três assertivas devem ser consideradas:

Em primeiro lugar, tornou-se corrente a afirmação de que o gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais, ou de pelo menos de alguns deles, é indispensável para o funcionamento regular da democracia e, especificamente, para a existência do próprio controle social das políticas públicas. [...] Em segundo lugar, a discussão sobre onde estabelecer a fronteira entre o direito constitucional e a política,

²⁸¹ As restrições políticas seriam aquelas oriundas dos direitos humanos, que não são, necessariamente, congruentes com os valores aclamados no ordenamento jurídico brasileiro. Advém da consciência jurídica da coletividade e obriga algumas restrições que devem ser observadas também pelo legislador constituinte, tendo em vista que este não possui limites jurídicos, mas é cerceado pelos limites políticos. Neste sentido COMPARATO, Fábio Konder. LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a Lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 25.

²⁸² STF. Recurso Extraordinário: RE nº 242.859-3/RS, Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ: 29/06/1999 e RE-AgR nº 259.508-0/RS. Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ: 08/08/2000.

²⁸³ Neste sentido a ADPF 45-9, de relatoria do Ministro Celso de Mello e RE 410715 AgR/SP, Data do Julgamento 22.11.1005.

apesar de poder e dever ser travada também no plano teórico, depende substancialmente das opções constitucionais concretas que cada país haja formulado. [...] Em terceiro lugar, é importante não transformar o debate em tela em uma falsa escolha de dois extremos. Não existem apenas duas opções radicais: colonização total da política pelo direito ou a absoluta ausência de controle jurídico em matéria de políticas públicas.²⁸⁴

Posto isto, o critério do tudo ou nada não deve ser utilizado, ou seja, ou o Poder Judiciário se mantém afastado da execução dos direitos fundamentais sociais, ou passa a conduzir a atividade financeira do Estado. Ao que parece, a alternativa ideal seria detectar um mecanismo de controle, pelo Judiciário, das atividades políticas referentes à execução orçamentária e por intermédio dela efetivar os direitos sociais.

6.2 A solidariedade passiva irrestrita imposta pelo Poder Judiciário aos entes federativos nas ações de saúde e o impacto orçamentário de tais decisões judiciais

A ineficiência na prestação dos serviços públicos de saúde ocasionaram o crescimento vertiginoso das demandas judiciais em busca da efetivação de tais serviços. À vista disso, o Poder Judiciário tem sido protagonista em garantir o acesso à prestação de saúde à população, atuando proativamente no sentido de suprir as dificuldades administrativas e dar efetividade a essa garantia constitucional à sociedade.

Contudo, a cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, ainda não se pronunciou, de forma específica e definitiva, quanto a validade das normas legais e infralegais de distribuição de competência e atribuições dos entes da federação no que se refere às ações e serviços de saúde, razão pela qual os juízes, em sua maioria, vem aplicando de forma irrestrita o preceito de solidariedade passiva instituída na Constituição Federal.

As decisões judiciais atribuindo tal responsabilidade solidária, na qual é imposta idêntica responsabilidade às três esferas de governo no acesso à saúde, têm agravado ainda mais os problemas de gestão dos entes públicos, ocasionando um impacto deslocativo em seus orçamentos, vez que são obrigados a desviar recursos para ações não planejadas, com sérios riscos de se atender uma demanda judicial individual e deixar de se contemplar as necessidades gerais com saúde da população local.

Além disso, a solidariedade ilimitada, ordenada pelos doutos juízos, acaba por ferir o princípio da eficiência, norteador da administração pública, uma vez que, as realizações das

²⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula. *O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 119-121.

mesmas tarefas são incumbidas, concomitantemente, aos organismos federais, estaduais e municipais, causando uma verdadeira desordenação do serviço prestado, com a multiplicidade de meios para idêntico fim, com impactos, por óbvio, absolutamente negativos na gestão pública municipal.

O tratamento dado pelo Poder Judiciário nessas demandas, reconhecendo que a responsabilidade pela prestação dos serviços de saúde pelos entes federativos deve ser solidária, apesar de atender a demanda de pequena parcela da população, acaba por acarretar diversas incongruências jurídicas, tanto processuais quanto materiais.

Na seara estritamente processual, por exemplo, diante de tal crença jurídica referente à solidariedade, abre-se a possibilidade ao demandante, por sua livre escolha, de propor ações idênticas, ora em desfavor da União, ora em face do estado ou do município, ou por vezes contra todos simultaneamente, junto à Justiça Federal ou Estadual, sem que seja possível detectar a ocorrência de litispendência, conexão, coisa julgada ou duplo deferimento do pedido, em prejuízo de todo o sistema público de saúde.

No que lhes concernem, os juízos estaduais ou federais podem declarar-se competentes ou incompetentes para a análise do pleito, revestindo tais incidentes de grande gravidade no campo da saúde, vez que a demora na resolução desse incidente processual pode acarretar o perecimento do direito pleiteado, respondendo os requerentes, em certos casos, com a própria vida.

Nesse ponto reside, em domínio processual, a necessidade de se delimitar parâmetros objetivos no que se refere às atribuições, competências e responsabilidades de cada um dos entes políticos que compõem o sistema descentralizado prestador dos serviços de saúde, para que se possa, com nitidez, abalizar em desfavor de qual ente se deve impetrar o pedido e, conseqüentemente, qual juízo apreciará a contenda.

Outrossim, incongruências materiais igualmente são evidentes, visto que ao exarar suas decisões o Poder Judiciário pode estar favorecendo determinados grupos e prejudicando outros, acabando por retirar recursos destinados ao atendimento da população em geral para o acolhimento de um caso específico.

A resolução das questões referentes à saúde pelo Poder Judiciário, assim, têm se mostrado por demais problemáticas, se perfazendo, em alguns casos, como propiciadoras de mais desigualdade do que a inexistência de ações estatais, porquanto o tratamento dispensado deveria ser diferenciado, tomando por alicerce a ideia de igualdade material e a concepção de que os problemas sociais devem ser analisados como um todo, tendo em vista a vinculação de bens jurídicos de idêntico valor.

Saliente-se o posicionamento do Ministro Eros Grau, no julgamento da ADI nº 3.305:

A máxima da igualdade é violada quando para a diferenciação legal ou para o tratamento legal igual não seja possível encontrar uma razão adequada que surja da natureza da coisa ou quem de alguma forma, seja compreensível, isto é, quando a disposição tenha de ser qualificada de arbitrária.²⁸⁵

Confirmando o entendimento anteriormente esposado, insta mencionar a decisão da Presidência da Suprema Corte no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91 que suspendeu os efeitos da decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Alagoas que havia contemplado a um cidadão tratamento de saúde em desacordo com a política definida pelo Ministério Nacional de Saúde, em detrimento da sociedade:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegurou o direito à saúde, refere-se em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)” (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.²⁸⁶

De suma importância também se mostra a análise do impacto orçamentário que tais decisões judiciais acarretam. Isto porque, as ordens emanadas do Poder Judiciário que determinam a captura de verbas públicas²⁸⁷ não se atentam para o fato de que tais deliberações são expedidas por todo o país e que, com isso, multiplicam o impacto nos cofres públicos.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já firmaram o entendimento de que não cabe ao magistrado realizar a análise da repercussão de sua decisão por conta de um possível resultado multiplicador, devendo somente assegurar a efetivação dos direitos previstos constitucionalmente.²⁸⁸ No entanto, a realidade não se coaduna com tal

²⁸⁵ STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI nº 3.305-DF. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 13/09/2006. JusBrasil, 2006. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: dez. 2020.

²⁸⁶ STF, STA nº 91. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 26.02.2007. JusBrasil 2007. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: dez de 2020.

²⁸⁷ “Aplicabilidade de bloqueio de valores pelo juiz para assegurar o atendimento médico urgente a paciente necessitado, com o fornecimento de medicamentos e serviços, medida excepcional que se justifica pela relevância dos bens jurídicos em liça (vida e saúde). Menor onerosidade para o Estado do que a imposição de "astreintes". Inteligência do art. 461, §5º do CPC. Precedentes do STJ e desta Câmara. Decisão mantida. Negado seguimento ao agravo em decisão monocrática." STF, AI 572782/RS. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 09/02/2006.

²⁸⁸ “Destaco, por cabível, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve adotar políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde capazes de promover, proteger e recuperar a saúde dos brasileiros. Neste contexto, não há como concluir que o fornecimento de medicamento a

postura, haja vista a responsabilidade que os membros do Judiciário devem ter com a coletividade e a consciência social. Consentir que o direito à saúde deve ser definido “do ponto de vista do indivíduo isolado é pensá-lo como uma mônada, é retornar ao modelo liberal de estado de natureza, onde os direitos do indivíduo são determinados à margem da vida social”²⁸⁹ É evidente que, determinado pelo juiz um tratamento de saúde, outros indivíduos em igual situação buscarão o Poder Judiciário com o mesmo intento. Por essa razão é que o magistrado deve levar em consideração as condições do Estado em arcar com outros tratamentos de saúde caso ocorra o efeito multiplicador de suas decisões.²⁹⁰ Se assim não for, as decisões serão proferidas em disparidade com o panorama fático brasileiro, o que aliás, vem ocorrendo.

Estudos antigos relatam que não é de hoje o acirramento da judicialização das políticas públicas. No ano de 2005 o estado do Rio de Janeiro gastou cinco milhões de reais com decisões judiciais relativas às ações de saúde, e em 2008 o montante foi de aproximadamente 30 milhões. O estado do Rio Grande do Sul gastou mensalmente, em média, seis milhões e quinhentos mil reais com o cumprimento de decisões judiciais nessa área. Em Minas Gerais, foram 390 ações do tipo em 2004, e 1.744 no ano de 2007, e 40 milhões foram gastos em 2008 com o pagamento de medicamentos reivindicados por meio das ações judiciais.²⁹¹

Gastos extras do Ministério da Saúde com remédios concedidos judicialmente para todos os tipos de doença aumentaram de R\$188 mil em 2003 para R\$ 26 milhões em 2007. Em 2004, o Estado de São Paulo despendeu R\$ 48 milhões com medicação ganha em litígio, de um orçamento para a saúde total de R\$ 480 milhões. O Ministério da Saúde calcula que, em todos os Estados, gastos extras associados a litígios tenham

uma única paciente possa causar lesão de consequências significativas e desastrosas à economia do Estado de São Paulo. Destaco, ainda, que o efeito multiplicador alegado como justificativa ao pedido de suspensão é meramente hipotético, não tendo o postulante trazido qualquer indício de que, animadas pela decisão recorrida, tenham sido ajuizadas outras ações com igual pretensão”. STJ, SS nº 1.408/SP. Relator: Ministro Edson Vidigal. DJ: 08/09/2004. No mesmo sentido STF, SS nº 659/RS. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 22/07/1994 no qual o Relator indaga: “Será que a retirada de duzentos mil dólares do Tesouro causará 'grave lesão' à economia pública? Penso que não” e depois ainda acrescenta que a questão *sub judice* é “um caso isolado”.

²⁸⁹ BARZOTTO, Luiz Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. In: MELLO, Cláudio Ari (Org.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.75-76.

²⁹⁰ “Se a maneira de distribuição é tal que já se sabe de antemão que não haverá para todos, não se pode aceitar o pedido. Os tribunais não são instância de proclamação abstrata de direitos, mas o lugar onde se faz o juízo particular, concedendo ou negando a cada um (ou a cada grupo) o que lhe é devido na forma da lei universal [...] o tribunal não está posto para proclamar 'principiologicamente' que o Poder Público deve 'pagar o devido', mas para discernir e realizar um juízo concreto (ou seja, que leve em conta de forma concreta as defesas apresentadas) a respeito do 'caso' que lhe está posto à frente. [...] O Judiciário não estaria aplicando a regra, não estaria tratando a todos igualmente, não estaria valorizando igualmente a vida de cada cidadão, mas apostando (de forma lotérica, portanto) que alguns não chegariam à justiça e que esses não lhe importam, que esses não devem ser levados em consideração”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direitos Fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008. p.192.

²⁹¹ “STF definirá destino da avalanche de liminares contra o SUS na Justiça”. Disponível em: <https://abdir.jusbrasil.com.br/noticias/84320/stf-definira-destino-da-avalanche-de-liminares-contra-sus-na-justica>. Acesso em: dez de 2020.

vido, em 2007, no montante de R\$ 1 bilhão. (...) Quanto ao nível de renda dos beneficiários que receberam tratamento ou remédio por decisões judiciais, estudo realizado no Estado de São Paulo indicou que 60% dos demandantes nunca haviam utilizado qualquer serviço do Sistema Único de Saúde e que 60% das prescrições haviam sido emitidas por médicos privados, externos ao sistema público.²⁹²

No cenário atual, temos que os gastos do Ministério da Saúde com a judicialização dos serviços públicos de saúde “cresceram 4.600% de 2007 a 2018. Em 2016, esse ministério despendeu R\$ 1.157.375.425,35 para atender apenas 1.262 pacientes. Estima-se que, em 2018, ele tenha gasto R\$ 1,3 bilhão para cumprir as decisões judiciais”²⁹³. Os mais atingidos com esses custos são os estados e os municípios.

6.3 O equilíbrio entre o atendimento do direito fundamental à saúde pelo Poder

Judiciário e a estabilidade orçamentária

No panorama nacional, é comum a classe média e os pobres receberem tratamento preferencial em relação aos que vivem na miséria. Em decorrência disso é que o Supremo Tribunal Federal tem exigido que a política pública seja direcionada aos indivíduos desprovidos de recursos financeiros,²⁹⁴ não ocorrendo o mesmo com os juízes de primeira instância, os quais costumam conceder pedidos extravagantes, se considerados em relação aos demais problemas de saúde enfrentados pela maior parte da população.

Isso demonstra que a abertura de créditos suplementares ou a inclusão das dotações no orçamento no ano seguinte²⁹⁵, que se destinam a beneficiar somente alguns demandantes, não resolvem a celeuma, inclusive a aguçando. Nessa linha, a Ministra Ellen Gracie já se posicionou no sentido de que “o direito à saúde refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas”²⁹⁶.

²⁹² MAUÉS, Antônio Moreira. *Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil*, citando estudo científico de HOFFMAN; BENTES, 2008 e SILVA, 2007a.

²⁹³ Judicialização da saúde. Revista: Valor Econômico. Publicado em 12/06/2019. Disponível em: [²⁹⁴ Neste sentido, vide as seguintes decisões: RE 271.286-RS, Data do Julgamento 12/09/2000, 2ª turma, Relator Ministro Celso de Mello. RE 242.859-RS, Data do Julgamento 29/06/1999 Relator Min. Ilmar Galvão. RE-AgR 273.834, Data do Julgamento 12/09/2000 Relator Ministro Celso de Mello. RE-AgR-RS 393.175, Data do Julgamento 12/12/2006 Relator Ministro Celso de Mello; AI-AgR-RJ 486.816, Rel. Min. Carlos Velloso, Data do Julgamento 12.04.2005; RE 256.327-RS, Rel. Min. Moreira Alves, Data do Julgamento 25.06.2002. RE-AgR 255.627, Rel. Min. Nelson Jobim, Data do Julgamento 21.11.2000.](https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/judicializacao-da-saude-valor-economico-12619/#:~:text=Gastos%20da%20Sa%C3%BAde%20com%20decis%C3%B5es,a%20referida%20droga%20a%20SUS. Acesso em: dez de 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

²⁹⁵ APPIO, Eduardo. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007, p 179.

²⁹⁶ SS 3205/AM. *Informativo do Supremo Tribunal Federal* nº 470, de 13.06.2007.

Este modo de o Judiciário assegurar o direito à saúde, intervindo no orçamento, tem se mostrado problemático e deveras prejudicial, tendo em vista que o caráter universal e igualitário do direito à saúde é abandonado, e para além disto, acarreta um desequilíbrio orçamentário, sobrevindo uma captura desordenada das verbas que constituem o orçamento.

Tal posicionamento se mostra incompatível com os limites à assistência sanitária²⁹⁷ que devem ser levados em consideração pelo poder público, inclusive pelo Judiciário, por se tratar de normativa constitucional, com delimitada pela Lei 8.080/90.

Salienta-se que o direito à saúde, a ser prestado pelo Estado, deve ser universal e integral, como já mencionado. Por universalidade entende-se que qualquer pessoa pode ser beneficiada pelos serviços públicos de saúde, sem a necessidade de prévia contribuição ou filiação ao regime previdenciário. Entretanto, isso não significa que o texto constitucional tenha estabelecido a gratuidade de todos os serviços de saúde.

Nesse entendimento, Ingo Sarlet afirma que:

[...] o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva o direito à saúde.²⁹⁸

Desta sorte, a Lei nº 8.080/90 elenca os serviços ofertados, sendo eles são gratuitos por estabelecimento do legislador ordinário, não por determinação constitucional. O que se conclui é que apenas serão gratuitos para todos os serviços de saúde arrolados na Lei Orgânica da Saúde. Assim, todos os demais serviços não abrangidos por ela serão custeados por aqueles que possuem recursos para tal, não se podendo transferir ao Estado o dever de um tratamento excepcional, principalmente quando o requerente tem condições de subsidiá-lo.

Henriques chega a afirmar que é imprescindível que o indivíduo que requeira um tratamento não previsto na Lei do Sistema Único de Saúde comprove sua necessidade financeira:

Cabe ao juiz exigir do demandante por prestação de saúde não explícita na lei como de fornecimento estatal obrigatório a demonstração de que não possui recursos

²⁹⁷ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p.829.

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 346-347.

financeiros suficientes para fazer frente ao gasto que pleiteia, ao menos sem que com isso coloque em risco sua própria sobrevivência e o sustento da sua família.²⁹⁹

Torres destaca que “há uma verdadeira captura pela classe média de boa parte dos recursos públicos destinados à saúde”³⁰⁰.

A integralidade na oferta dos serviços e ações de saúde ofertados pelo Estado é outra característica que deve ser respeitada pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 196 da Constituição Federal e art. 7º da Lei nº 8.080/90.

Maués aduz que “este princípio impõe a articulação e a continuidade do conjunto de ações e serviços preventivos e curativos, em todos os níveis do sistema (art. 7º, II da LOS), buscando alcançar todas as situações potenciais de risco à saúde do indivíduo”³⁰¹.

O entendimento de alguns autores é no sentido de que o magistrado, ao analisar o requerimento que lhe foi endereçado, deve examinar se o sistema de saúde seria capaz de conceder a todos o serviço pleiteado, e, em sendo negativa a resposta, a tutela jurisdicional não poderia ser deferida, sob pena de ofensa grave ao princípio da igualdade.

Trilhando esse posicionamento, Henriques assegura:

[...] quando da implementação do direito subjetivo à saúde, há de se ter em mente que o demandante deve manter uma relação de igualdade com os demais membros da comunidade' e que seu 'bem está ligado ao bem comum, não podendo alcançá-lo sem destruir esse último. [...] Isto porque pensar que o direito à saúde deve ser determinado do ponto de vista do indivíduo isolado é pensá-lo como uma mônada, é retornar ao modelo liberal de estado de natureza, onde os direitos do indivíduo são determinados à margem da vida social.³⁰²

Neste caso, estará se tratando de efeitos reais, não meramente hipotéticos, como aduzem alguns pronunciamentos judiciais³⁰³, porquanto não é possível que o Poder Judiciário defira um direito que não pode ser oferecido para todos, na quimera de que os demais sujeitos da coletividade não venham bater às suas portas.

²⁹⁹ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2008. p. 831.

³⁰⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Volume 5: O Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro. Renovar, 2000, p. 216-217.

³⁰¹ MAUÉS, Antônio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, F. F.; ROMBOLI, R.; REVENGA, M.. (Org.). *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*. Prima giornata internazionale di diritto costituzionale Brasile-Spagna-Italia. 1ª ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 257-273.

³⁰² HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2008. p. 833.

³⁰³ A exemplo das referidas decisões: STJ, Suspensão de Segurança nº 1.408/SP. Relator: Ministro Edson Vidigal, DJ: 08/09/2004. STF, Suspensão de Segurança nº 659/RS. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 22/07/1994.

Todas as ocasiões em que uma demanda dessa natureza for posta à apreciação do Poder Judiciário, esses dois vetores devem ser ponderados. Isto porque, apenas quando eles estiverem presentes será permitido a concessão da tutela requerida. Ora, do exame dos casos concretos existentes verifica-se que a maioria das demandas com esta pretensão seriam indeferidas.

As demandas concernentes aos direitos à saúde se mostram as mais vastas possíveis, englobando desde o requerimento de procedimentos básicos como o fornecimento de remédios previstos no rol do SUS até solicitações que envolvendo a aplicação de técnicas não reconhecidas pela medicina, e ainda medicamentos experimentais, dos quais não se tem conhecimento dos efeitos, e não aprovados pela vigilância sanitária.³⁰⁴

Nesse sentido, Lima leciona:

Os tratamentos custeados pelo Poder Público devem ser realizados em estabelecimentos nacionais, preferencialmente ligados a SUS, e não através de depósito de valores para tratamento no exterior ou em locais da preferência do médico ou paciente, sob pena de ser ferido o preceito do acesso universal e igualitário, além da própria razoabilidade. Os medicamentos, por sua vez, devem ser preferencialmente genéricos ou aqueles de mais baixo custo, não podendo ser admitidas preferências arbitrárias ou injustificadas por determinadas marcas, o que viola o princípio da igualdade, nem importações de substâncias que sequer são autorizadas no Brasil.³⁰⁵

É de se considerar que, a judicialização de políticas públicas no formato hodierno somente ocorre de modo fragmentado em decorrência da não consideração, pelos magistrados, dos ditames constitucionais e legais que disciplinam a matéria.

[...] o princípio da integralidade de atendimento não deve ser interpretado no sentido de que qualquer serviço possa ser reivindicado pelo cidadão ou indicado pelos

³⁰⁴ Já na década passada esse quadro se apresentava, como demonstra a manifestação da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul junto ao STF: “Atualmente, no Rio Grande do Sul, 41% do orçamento da Secretaria Estadual da Saúde são gastos com política de assistência farmacêutica, sendo que 87.966 pacientes são atendidos pela via administrativa, e 20.497 pacientes, pela via judicial. Portanto, afere-se que hoje 18,92% do orçamento da assistência farmacêutica do estado estão sendo administrados pelo Judiciário. No ano de 2008, houve, no Rio Grande do Sul, um acréscimo de 40% no valor destinado à aquisição de medicamentos na via administrativa. Todavia, na prática, verifica-se que o esforço empregado pelo Estado não diminuiu o número de ações judiciais, pois, no ano de 2008, houve um aumento de 16% em relação ao ano de 2007. É importante ressaltar que, na via judicial, apenas 14,31% da demanda é relativa a medicamentos especiais e 9,4% é relativo a medicamentos excepcionais prescritos de acordo com os protocolos do Ministério da Saúde, medicamentos cujo fornecimento compete ao Estado, enquanto 76,23% das demandas judiciais em que o Estado é réu abrangem medicamentos que não são da sua competência, sendo que 18,25% são relativos a medicamentos excepcionais prescritos em desacordo com os protocolos clínicos e 46,84% referentes a medicamentos que não são fornecidos pelo SUS, entre eles medicamentos importados e sem registro na ANVISA. Ainda, constata-se que 66% dos medicamentos do elenco dos excepcionais, fornecidos através da via judicial, não atendem aos protocolos de diretrizes clínicas e terapêuticas do Ministério da Saúde”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf>. Acesso em: dez de 2020.

³⁰⁵ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang e Luciano Benetti Timm (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2008. p.280.

médicos. Tampouco pode ser admitido que pacientes que não se encontram sob tratamento de profissionais do SUS utilizem-no apenas para receber terapias ou medicamentos específicos, tendo em vista que as ações curativas devem estar integradas ao conjunto da assistência fornecida pelo sistema.³⁰⁶

A delimitação do problema parece cristalina: a concretização do direito à saúde de forma individual pelo Poder Judiciário propicia a desigualdade social, não soluciona a celeuma da sociedade e ainda viola os ditames constitucionais. Deste modo, é de se presumir que o controle do gasto público pelo Judiciário seria mais adequado do que a captura desordenada de verbas públicas. Entretanto, outros modos de interferência judicial, conjuntamente com o controle, serão indispensáveis. A mais pertinente, ao que parece, é a implantação do direito à saúde de maneira coletiva, de forma a reduzir as adversidades que a intervenção judicial acarreta nessa seara.

Conquanto, aparentemente, tal medida se mostrar a mais apropriada, é preciso entender a razão da não implementação do direito à saúde, de forma coletiva, pelo Poder Judiciário, tendo em vista que a outorga de medidas judiciais de forma individual revela-se mais nociva que a omissão estatal. Para tanto, convém analisar as justificativas preponderantes que faz uso o Supremo Tribunal Federal na elucidação das lides individuais por direito à saúde e investigar o impedimento da adoção dos mesmos fundamentos para as demandas coletivas.

A premissa aplicada para a implementação do direito à saúde de modo individual é justamente a necessidade de sua concretização por ser direito fundamental relacionado inerentemente ao direito à vida. Por essa razão, o STF e os demais órgãos jurisdicionais menosprezam o princípio da legalidade orçamentária e o equilíbrio das finanças públicas³⁰⁷, bem como o poder discricionário do administrador público e o princípio da separação de poderes. Essa preterição é realizada porque a vida humana prevalece diante da ponderação entre ela e os demais valores.

Como já dito, é cada vez maior a procura pelo Judiciário para obrigar o Estado a fornecer prestações de saúde. Contudo, ao que tudo indica as deliberações judiciais nessa seara, ao

³⁰⁶ MAUÉS, Antônio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, F. F.; ROMBOLI, R.; REVENGA, M. (Org.). *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*. Prima giornata internazionale di diritto costituzionale Brasile-Spagna-Italia. 1ª ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 257-273.

³⁰⁷ “Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.256/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196), ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”. STF. Recurso Extraordinário: RE nº 393.175. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 01/02/2006.

efetivarem o direito à saúde em demandas individuais, impõem elevados custos ao sistema público sem incrementar o acesso a seus serviços de forma significativa. Verifica-se, deste modo, que a interferência do Poder Judiciário, apesar de fundada na compreensão do direito à saúde como direito fundamental, pode não auxiliar na universalização desse direito.

Do mesmo modo, para o Poder Judiciário o direito à saúde não pode estar adstrito a um juízo de conveniência e oportunidade por parte do administrador público, considerando sua natureza de direito fundamental. Por isso os juízes determinam medidas para tutelar a saúde daqueles que lhes apresentam suas pretensões. Por esse prisma, se reconhece que a conduta do Judiciário não fere o princípio da separação de poderes, mas somente efetiva um direito constitucional da parte requisitante.

Mas, se todos esses fundamentos são legítimos para nossos magistrados, qual o motivo de se assegurar o direito à saúde em demandas individuais e não ampliar os efeitos dos pronunciamentos judiciais a todos que estejam em situação idêntica? Na concepção maléfica das decisões judiciais e na ponderação valorativa efetuada se está conferindo mais importância para apenas uma vida do que para diversas, vez que é isto que acontece quando se recolhe valores do orçamento da saúde para subsidiar o direito à saúde de um requerente. Neste ponto não se está pondo em dúvida as dimensões existentes do direito à saúde³⁰⁸, que permite que ele seja protegido tanto individual como coletivamente, nem tampouco o direito de acesso ao Poder Judiciário. Apenas se está destacando que carecem de fundamentação constitucional e legal as concessões judiciais em demandas individuais.

Desta maneira, repisa-se o questionamento anterior: qual a distinção de fundamentação que obstaculiza os juízes de atuarem de forma igualitária em relação à coletividade? O que impossibilita os magistrados de determinar ao Estado, reconhecendo a ineficácia governamental, que implemente uma política pública universal, com necessidade de efetivação reconhecida judicialmente, ao invés de deliberar que o poder público custeie o tratamento de somente um indivíduo.

A concretização individual do direito à saúde ocasiona uma repercussão financeira significativa, ocorrendo uma ingerência legítima em âmbito até recentemente reservado à discricionariedade do administrador público com respaldo nas prioridades constitucionais. Por

³⁰⁸ Antônio Maué indica que existem ao menos três dimensões de eficácia do direito à saúde reconhecidas pela doutrina nacional: direito à saúde como norma objetiva, direito à saúde como direito subjetivo definitivo e direito à saúde como direito subjetivo *prima facie*. MAUÉS, Antônio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, F. F.; ROMBOLI, R.; REVENGA, M.. (Org.). *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*. Prima giornata internazionale di diritto costituzionale Brasile-Spagna-Italia. 1ª ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 257-273.

seu turno, na realização coletiva por intermédio do orçamento também haverá implicações do Judiciário nas finanças públicas, tal qual na liberalidade do administrador, todavia esta intervenção se realizará de forma ordenada e propiciará a concretização do direito à saúde de modo igualitário.

Nas decisões judiciais individuais não se trata de direito à saúde *versus* direito à legalidade orçamentária, mas sim no direito unicamente de um sujeito em detrimento de todos os demais indivíduos que compõem a sociedade e que também carecem de atuações estatais. Nessa medida, a postura do Poder Judiciário nas concessões individuais é inconstitucional, posto que aquiesce no tratamento diferenciado para os integrantes de uma mesma sociedade.

Da mesma forma que pode um indivíduo ir a juízo postular que o Estado cumpra o seu dever jurídico, também aqueles privados da fruição do mesmo bem ou serviço, poderão, diretamente ou através de um substituto processual pretender judicialmente que o Estado cumpra seu dever, e.g., de instalar um posto na região. [...] (Isto porque) aqueles que não tiveram acesso a alguma das prestações não deixaram de ter direito a esse serviço do ponto de vista jurídico, pela circunstância de não terem ido a juízo postulá-lo individualmente.³⁰⁹

E ademais, há a desconsideração das disposições da Lei nº 8.080/90, que determina que o orçamento da saúde financiará as ações consideradas como de política pública de saúde e, portanto, aquelas de caráter universal. Por consequência, as quantias utilizadas para viabilizar as decisões judiciais em ações individuais de saúde não poderiam ser deslocadas do orçamento da saúde.

Sem contar, além disso, de todos os percalços já explanados, oriundos da solidariedade passiva irrestrita e concomitantemente imposta pelo Poder Judiciário a todos os entes da federação no atendimento dos serviços públicos de saúde³¹⁰.

Isto posto, os requerimentos individuais deveriam ser deferidos apenas quando já existisse previsão do referido tratamento pelo próprio Sistema Único de Saúde e nos casos em que esse tratamento não é concebido como escasso, estando (ou devendo estar) disponibilizado

³⁰⁹ BARCELLOS. Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. pp.815/816.

³¹⁰ No sentido da solidariedade passiva irrestrita: STF. RTJ 171/326-327, Relator: Ministro Ilmar Galvão – STF. AI 462.563/RS. Relator: Ministro Carlos Velloso – STF. AI 486.816-Agr/RJ. Relator: Ministro Carlos Velloso – STF. AI 532.687/MG. Relator: Ministro Eros Grau – STF. AI 537.237/PE. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence – STF. RE 195.192/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio – STF. RE 198.263/RS. Relator: Ministro Sydney Sanches – STF. RE 237.367/RS. Relator: Ministro Maurício Corrêa – STF. RE 242.859/RS. Relator: Ministro: Ilmar Galvão – STF. RE 246.242/RS. Relator: Ministro Néri da Silveira – STF. RE 279.519/RS. Relator: Ministro Nelson Jobim – STF. RE 297.276/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso – STF. RE 342.413/PR. Relator: Ministro Ellen Gracie – STF. RE 353.336/RS. Relator: Ministro Ayres Britto – STF. RE 393.175/RS. Relator: Ministro Celso de Mello.

a todas as pessoas que se encontrem na situação tipificada pela norma, mas que por uma ou outra razão não estaria tendo acesso ao serviço oferecido.

A apreciação pelo Judiciário não se constituiria na implementação do direito social da saúde, mas sim resolveria um conflito de interesses, haja vista que o serviço já seria integrante do rol de ações prestadas pelo Estado à população.

Assim, quando a pretensão individual versasse sobre o financiamento estatal de tratamento de saúde específico, não previsto pelo SUS, não poderia ser concedido, fundamentando-se o indeferimento da tutela jurisdicional em dois motivos: i) se o objeto da lide é um serviço básico disponibilizado pelo Estado, mas o seu fornecimento é escasso, a decisão judicial estaria desacatando a estrutura e organização administrativa e os demais pacientes que a ela se submetem e que estão a esperar pela vez de serem contemplados; ii) se o requerimento fosse de um tratamento diferenciado, não ofertado pelo poder público nas instituições que integram o Sistema Único de Saúde, não poderia ser deferido, tendo em vista que ao Estado é permitido subsidiar apenas os serviços de saúde que podem ser ampliados para toda sociedade e que por isto mesmo são catalogados como básicos.

A solução para as demandas cujo objeto são os serviços públicos de saúde, desta forma, é a inclusão da técnica da tutela coletiva: apresentada uma demanda individual ao Poder Judiciário este deverá examinar minuciosamente o requerimento com o intuito de averiguar se o problema tem repercussão social (ausência de serviço de hemodiálise em um determinado município, por exemplo) ou se o interesse é apenas particular (*e.g.*, doença rara ou medicamento fora da lista do Sistema Único de Saúde), sendo que, no segundo caso, deverá negar acolhimento ao pedido.

Mostra-se imprescindível a tomada de consciência por parte dos magistrados, no sentido de que seus pronunciamentos acerca do direito à saúde somente podem ser realizados com esteio no bem estar coletivo, em decorrência da natureza fundamental do direito em discussão, porquanto se verifica que a concessão de tutela a apenas um indivíduo é mais nocivo do que benefeço, uma vez que, para além de promover a desigualdade entre pessoas iguais, ainda promove um dano considerável para todos os demais indivíduos que não compõem a demanda.

7 CONCLUSÃO

A finalidade desta pesquisa era analisar se, e em que medida, o Poder Judiciário pode intervir na efetivação do direito social à saúde, e os reflexos dessa ingerência para a ordem constitucional econômica enquanto garantidora da existência digna prevista no art. 170 da Constituição Federal.

Para tanto, analisou-se, entre outros pontos, a ordenação econômica e federativa da saúde, bem como a legitimidade das decisões judiciais concretizadoras dessas políticas públicas deste, bem como os impactos orçamentários deles decorrentes, a influência da alegação da exceção da reserva do possível e a plausibilidade das determinações judiciais impositoras da responsabilidade passiva irrestrita ante da ausência de planejamento econômico.

Inicialmente tratou-se de analisar o conceito e origem do direito econômico e sua tridimensionalidade à luz da regra matriz da ordem constitucional econômica brasileira, sendo ele constituído pelas três dimensões do direito, público ou privado, condensadas, não justapostas entre si, traduzindo que devem ser apreciadas em conjunto as liberdades negativas, bem como as positivas e os mandamentos da solidariedade, com a finalidade de assegurar uma acentuada proteção aos direitos pertinentes a todos os indivíduos.

Os princípios norteadores da ordem constitucional econômica foram apresentados, concluindo pela obrigatoriedade da submissão estatal aos seus mandamentos, não sendo admitidos os atos praticados, por qualquer dos Poderes, que estejam em dissonância com eles.

Entendeu-se necessário dispor sobre a relação entre o Estado e a economia pública, considerando que a atuação estatal no âmbito econômico remonta ao próprio curso do ente cognominado Estado, sendo de entendimento majoritário que a intervenção do Estado na economia se solidificou, de maneira clara e definitiva, posteriormente ao evento da quebra da bolsa de valores nova-iorquina, ocorrida em 1929, quando a grande depressão se instalou no mundo capitalista e o Estado, como forma de fomentar a economia, passou a intervir nas relações econômicas.

O que se sugere, especialmente com fundamento na escola humanista de direito econômico, é o congraçamento entre a seara econômica e os direitos humanos, com o fito de amenizar as adversidades do capitalismo liberal, mas que não deve significar no intervencionismo inapropriado em uma alçada que deve permanecer, de preferência, no plano privado e sob o domínio do mercado. Verifica-se, deste modo, ser uma obrigação estatal, para além da intervenção econômica, orientar na tomada de providências que tenham a finalidade de

constituir mecanismos normativos habilitados a restringir, e mesmo redesenhar os efeitos nocivos decorrentes da própria economia.

A análise da ordem econômica enquanto patrimônio público e o Estado enquanto garantidor da ordem econômica também foi pontuada. O texto constitucional deixa claro que o mercado interno, e por conseguinte a ordem econômica, são partes integrantes do patrimônio nacional, sendo a coletividade a legítima titular desse mercado. Em consequência, a delinquência econômica gera malefícios à sociedade em geral, ofendendo a coletividade e não apenas os sujeitos considerados de forma isolada, tendo em vista que nesta seara a inserção do ser humano é maior, abrangendo todos os campos de suas vidas. A ordem econômica é reconhecidamente um bem jurídico a ser protegido, não enquanto bem suscetível de apropriação e titularização particular por parte de cada elemento de uma sociedade em certo momento histórico, mas por se perfazer em instrumento de concretização dos fins sociais do Estado.

Nesta senda, cabe ao Estado garantir a ordem econômica vigente. Com esse intuito, deve o poder público resguardar e viabilizar os princípios de funcionamento (elencados nos incisos I a VI do art. 170 da Constituição Federal) e implementar programas para a realização dos princípios-fins (dispostos nos incisos VII a IX do art. 170 c/c art. 3º, todos da Constituição Federal da República). A atribuição estatal será diversificada na consumação de cada um deles: os princípios de funcionamento são voltados, primordialmente, às atividades do setor privado, e os princípios-fins determinam a política econômica estatal.

Tais princípios fazem parte da tentativa de se proteger valores superiores, materializados no homem e em sua dignidade, os direitos fundamentais, que vêm a ser a combinação de esforços, nas diversas áreas, de mecanismos garantidores de proteção ao ser humano. Neste ponto, merece destaque a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, estando os primeiros assentados em diretivas internas, especificamente no âmbito constitucional, enquanto os últimos se referem aos direitos positivados em normativas internacionais.

À vista disso, foi abordado o direito fundamental à saúde, garantido pela ordem econômica, apontado como parte do elenco de garantias de segunda dimensão, os denominados direitos sociais, que tem por objetivo possibilitar aos sujeitos a satisfação de suas premências essenciais, por intermédio do Estado, para que vivam de forma digna. A concretude desses direitos, e, consecutivamente, da dignidade da pessoa humana, tem relação estreita com o que se convencionou chamar de “mínimo existencial”, empregado como referência para a verificação de um padrão mínimo de direitos sociais a ser reconhecido pelo Estado. No Brasil, os direitos e garantias individuais possuem também status de cláusulas pétreas, previstas no art.

60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

O estudo da ordem constitucional econômica como garantidora da existência digna prevista no art. 170 da Constituição Federal foi igualmente realizado, ressaltando que a dignidade da pessoa humana se afigura como atributo inerente a todo ser humano, existindo anteriormente ao direito legislativo que apenas a positivou, identificando-a como valor supremo de todo o sistema jurídico, impedindo que o ser humano possa ser objeto de coisificação e de instrumentalização. O direito à saúde, deste modo, integra o rol dos direitos humanos, em âmbito internacional, e se consuma como um direito fundamental social no ordenamento jurídico brasileiro.

No tocante a esse direito, foi exposto os contornos jurídicos da ordem econômica, que esboça o domínio normativo, a esfera do “dever ser”. Já o plano do “ser”, ou seja, como implantar, no campo fático, essas normas, garantindo o acesso igualitário às ações que tem por finalidade prevenir e restabelecer a saúde dos indivíduos, por intermédio de tratamento adequado, imprescindível se faz a promoção de políticas sociais e econômicas por parte do Estado.

Neste ponto, apesar da necessidade de execução das políticas públicas, que demanda custos, destacou-se a limitação dos recursos públicos, e, por conta disso, a necessidade desses valores serem empregados em obediência a um programa orçamentário pré-estabelecido. Teve lugar, nesse cenário, o exame das questões referentes à análise econômica do direito, à ordem econômica, ao Estado e às externalidades negativas do capitalismo.

Passou-se então ao exame das normas orçamentárias, que são, portanto, constitucionais materiais, visto imporem limites ao poder estatal, sendo imprescindíveis em um Estado Democrático de Direito. Estabeleceu-se o conceito, as leis e os princípios orçamentários, bem como a organização do orçamento brasileiro, dando enfoque às três leis orçamentárias que consubstanciam o planejamento estatal, denominada tripartição do planejamento orçamentário, quais sejam, o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

Contudo, do exame da realidade brasileira sobre a prestação dos serviços públicos de saúde, e dos demais serviços em geral, verificou-se que o gasto público acontece de forma desordenada, sendo possível asseverar que a forma de controle do orçamento tem se mostrado ineficiente, vez que realizado apenas formalmente, preponderando a fiscalização contábil, eminentemente técnica, menosprezando-se a importância do orçamento para a efetivação desses direitos. Outrossim, para que esse controle se torne mais acentuado é preciso uma modificação de postura de cada um dos Poderes da República, sempre orientada pelos ditames

constitucionais.

Ao Poder Legislativo compete, em dados momentos, disciplinar, de forma minuciosa, as atuações que devam ser realizadas imediatamente, e, em outras, conceder maior liberdade ao Executivo, podendo ainda agregar previsões gerais e específicas. Quanto ao Poder Executivo, imperiosa é sua percepção de que toda a atividade financeira do Estado, no que diz respeito à gasto público, deve ser direcionada nos termos do orçamento e, ainda, a execução orçamentária deve ser pautada em conformidade com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Assim, os atos administrativos, tanto de natureza vinculada quanto discricionária, darão cumprimento ao orçamento, necessitando serem praticados em obediência à legalidade e ao disposto no art. 37 da Constituição Federal. E, por derradeiro, as ferramentas de controle utilizados pelo Judiciário na apreciação do orçamento se consubstanciam pelos controle direto de constitucionalidade, controle difuso de constitucionalidade e controle de legalidade.

Neste aspecto, em decorrência da deplorável qualidade dos serviços públicos de saúde prestados pelo Estado, principiou o fenômeno conhecido como “judicialização de políticas públicas”, que consiste na efetivação, pelo Poder Judiciário, dos direitos sociais, entre eles a saúde, assegurados pela Constituição Federal, assim o fazendo em substituição ao Poder Executivo, que é o responsável por eleger as prioridades nas quais o dinheiro público deve ser empregado.

Não bastasse a má qualidade dos serviços públicos de saúde, bem como a parca eficiência do controle orçamentário, no ano de 2016 o poder público aprovou a Proposta de Emenda à Constituição nº 241 – PEC 241, dando origem à Emenda Constitucional nº 95, promulgada em 15 de dezembro de 2016, alterando a vinculação entre receitas e despesas públicas, sensibilizando os gastos mínimos pelo poder público, no âmbito da saúde e da educação, estabelecidos anteriormente no texto constitucional.

Nesta perspectiva, concluímos que as alterações advindas da Emenda Constitucional 95 imiscuirão de forma negativa em diversas vertentes dos programas sociais, isto porque representa uma ruptura no crescimento dos investimentos públicos na área de educação e saúde, em sentido contrário ao compromisso constitucional assumido pelo Estado Democrático de Direito brasileiro de diminuir as desigualdades econômicas e sociais, que inclui, por óbvio, na prestação de serviços de saúde e educação de qualidade à toda coletividade, especialmente aos menos favorecidos.

Por seu turno, tendo em vista que a concretização dos direitos sociais requisita uma atuação positiva por parte do Estado e esta impescinde custos, foi preciso esquadrihar a

chamada reserva do possível, argumento rotineiro empregado pelo poder público para preterir a não execução de tais direitos, em especial o direito à saúde, representando a ideia de que não se pode exigir do Estado mais do que é possível financeiramente.

Buscou-se apresentar a origem da concepção da reserva do possível, por se tratar de um instituto estrangeiro, natural da Alemanha, e que recebe críticas à sua importação pelo ordenamento brasileiro, porquanto a distinção socioeconômica entre os dois países.

Demonstrou-se que a doutrina não é unânime no que se refere à relação entre a reserva do possível e o mínimo existencial, neste último incluído o direito à saúde, existindo entendimentos no sentido de que a reserva do possível integraria os direitos fundamentais, e a escassez de recursos financeiros não consistiria em elemento de restrição à efetivação desses direitos, mas sim uma condicionante da existência do próprio direito; e, em outro sentido, compreensões de que a reserva do possível não pode ser enquadrada como elemento integrante dos direitos fundamentais, se configurando em espécie de limite fático e jurídico e, em determinados casos, verdadeira garantia.

Entre um e outro posicionamento, verificou-se que a reserva do possível não pode servir de pretexto para obstacularizar a execução de um direito quando este estiver relacionado ao mínimo existencial do ser humano. Nessas circunstâncias, o Poder Judiciário pode autorizar a execução dos gastos, com fundamento na razoabilidade e ponderação, competindo ao Poder Executivo realocar despesas para a concretização dos direitos.

Ainda, constatou-se que o orçamento consiste em instrumento para a realização das finalidades estatais, sendo clara a relevância das leis orçamentárias para o alcance das prioridades econômicas e sociais da saúde, uma vez que as normas orçamentárias propiciam o equilíbrio da atividade financeira do poder público, viabilizando a efetivação dos primados constitucionais.

Especificamente sobre a ordenação da prestação dos serviços públicos de saúde, analisamos as leis estruturantes e princípios fundamentais do Sistema Único de Saúde – SUS, assim como também sua organização e fontes de financiamento.

Neste ponto, foi destacado a solidariedade passiva dos entes da Federação, por expressa disposição constitucional, sendo a saúde competência material comum de todos os entes federativos, devendo, por essa razão, ser prestada por cada um deles à população. Por conta disso, não cabe a alegação, por nenhum dos entes públicos, da ausência de obrigação em executar as ações e efetivar os serviços públicos de saúde.

Posteriormente, buscando apresentar um panorama dos gastos públicos com a saúde, apresentou-se os custos do SUS nos estados e municípios brasileiros, entre os anos de 2003 a

2018.

As informações expostas deram conta, entre outros pontos, que os gastos dos municípios da região Nordeste são discrepantes se comparados aos municípios das regiões Sul e Sudeste, tornando claro que, apesar da evolução daquela região no valor do gasto por cidadão, a assimetria entre essas regiões ainda são bastante relevantes. Os dados revelam, também, o impacto, por região geográfica e por porte de município, dos significativos incrementos nos blocos de financiamento das políticas públicas de saúde nos municípios brasileiros, bem como a desproporção destes nos perfis de municípios, que podem refletir a capacidade destes entes no desenvolvimento das estratégias e programas estatais, uma vez que a indução para estes ocorre por intermédio do aumento da verba repassada pelo Ministério da Saúde.

Passou-se então à análise do Sistema Único de Saúde como instrumento de intervenção direta do Estado no mercado, sendo exposto que o Estado de Bem-Estar Social tem a finalidade principal de desvincular a sobrevivência do indivíduo do mercado, retirando dos direitos sociais a índole de “mercadoria” (desmercantilização). Contudo, se o financiamento dos direitos sociais ocorre por intermédio da arrecadação de tributos incidentes sobre a renda dos trabalhadores, o que sucede é a mera intensificação da extração de mais-valia, atualmente assenhorada pelo Estado por meio de fundo público, e não desmercantilização propriamente dita. Desta maneira, quanto menor o poder aquisitivo de uma determinada sociedade, maior será a necessidade de transferência de renda para custear os benefícios fornecidos pelo Estado.

Restou caracterizado que a desmercantilização não é o ponto final, ocorrendo por vezes a remercantilização, que seria o retorno do status de mercadoria daquele bem que havia deixado de sê-lo. Isso significa que os menos abastados economicamente usam os serviços estatais, enquanto os mais afortunados financeiramente continuam a optar pelo mercado. A solução apontada seria cercear o mercado, adotando medidas políticas, jurídicas e econômicas que diminuíssem ou suprimissem sua participação. Também, a melhora na qualidade da prestação de serviços públicos reduziria ou extingiria a necessidade de contratação de serviços privados.

Quanto à qualidade dos serviços públicos prestados, aludiu-se à eficiência do SUS. Abordou-se os critérios de eficiência, considerando que a medição da eficiência do setor público de saúde mostra-se particularmente relevante por se tratar de um dos principais receptores de recursos financeiros da administração pública brasileira, e, ademais, demonstrando que a preocupação com a aplicação dos recursos da saúde é válida, vez que pode orientar no planejamento das políticas públicas, na medida em que busca estabelecer a relação entre os resultados obtidos e os escassos recursos empregados.

Constatou-se que, apesar dos inúmeros desafios enfrentados e do muito que se tem a

melhorar, o SUS é eficiente no atendimento à população, prestando, em geral, atendimento aos pacientes, fornecimento de medicamentos e vigilância em saúde.

Por derradeiro, analisamos a efetivação judicial do direito à saúde e o orçamento público.

Discorremos sobre a inefetividade das políticas públicas de saúde e a ingerência do poder judiciário em sua concretização. Notou-se que ineficiência na prestação dos serviços públicos de saúde ocasionaram o crescimento vertiginoso das demandas judiciais em busca da efetivação de tais serviços. À vista disso, o Poder Judiciário passou a protagonizar a garantia de acesso à prestação de saúde à população, atuando proativamente no sentido de suprir as dificuldades administrativas.

Todavia, como a função típica do Poder Judiciário não é a implementação de políticas públicas, as dificuldades no desempenho dessa atuação se apresentam, advindo daí os posicionamentos dissonantes aplicados para casos análogos, que por conseguinte reproduzem um sentimento de injustiça entre os sujeitos e que são resultado da fragmentalidade da consumação de políticas públicas por intermédios de ações individuais.

O que se percebe com os dados apresentados no decorrer do trabalho é que o aumento dos gastos com as demandas referentes à prestação dos serviços de saúde advém de anos, e apesar de elevados, atendem somente à pequena parcela da população, comparado com o percentual de pessoas que dependem de políticas estatais de apoio.

O que ocorre, na prática, é a marginalização da maior parte da população, que passa a ser duplamente excluída: primeiro porque não tem acesso ao Poder Judiciário, em vista dos entraves ainda existentes, e, segundo, pela escassez da implementação dos serviços coletivos de saúde, decorrentes, em parte, dos desfalques que as decisões judiciais desta espécie acarretam no orçamento. Nesta perspectiva, essa estratégia adotada para a defesa dos direitos sociais se mostra equivocada.

O Poder Judiciário entende o direito à saúde como protegido constitucionalmente e exigível judicialmente. Ainda, constata-se que esse direito é oponível ao Estado, não cabendo a alegação da falta de previsão orçamentária para justificar a sua não implementação. Dessa forma, o direito à saúde, reverberação do direito à vida, é reconhecidamente mais relevante que o princípio da legalidade orçamentária.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ainda não se pronunciou, de forma específica e definitiva, quanto à validade das normas legais e infralegais de distribuição de competência e atribuições dos entes da federação no que se refere às ações e serviços de saúde, asseverando que entre os entes federativos há um condomínio na prestação desses serviços.

Por esta razão, os magistrados, em sua maioria, vem aplicando de forma irrestrita o preceito de solidariedade passiva instituída na Constituição Federal, acarretando, na prática, diversas incongruências jurídicas, tanto processuais quanto materiais.

Na esfera processual, há a necessidade de se delimitar parâmetros objetivos quanto às atribuições, competências e responsabilidades de cada um dos entes políticos que compõem o sistema descentralizado prestador dos serviços de saúde, para que se possa, com clareza, verificar em desfavor de qual ente se deve impetrar o pedido e, conseqüentemente, qual juízo apreciará a contenda.

Da mesma forma, incongruências materiais foram apontadas, entre elas o fato de que, ao expedir suas decisões o Poder Judiciário favorece determinados grupos e prejudica outros, retirando recursos destinados ao atendimento da população em geral para o acolhimento de um caso específico.

Examinou-se, igualmente, o impacto orçamentário que tais decisões judiciais ocasionam, tendo em vista que para a efetivação da prestação do serviço é necessário a realocação ou captura de verbas públicas. Tais deliberações, expedidas por todo o país, multiplicam o impacto nos cofres públicos.

Neste sentido, apesar de existirem entendimentos, tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal, de que não cabem aos juizes realizarem a análise da repercussão de suas decisões em razão de um possível efeito multiplicador, devendo somente assegurar a efetivação dos direitos previstos constitucionalmente, a realidade brasileira não se coaduna com tal postura, tendo em vista a consciência social e a responsabilidade que os membros do Judiciário devem ter com a população.

Salienta-se que o orçamento consiste em um mecanismo para a concretização das metas do Estado, sendo as leis orçamentárias relevantes para o alcance das primazias econômicas e sociais da saúde, a considerar que as normas orçamentárias proporcionam o equilíbrio da atividade financeira do poder público, devendo, portanto, serem respeitadas.

Lado outro, é de se considerar que, ante a ausência de receita ou mesmo a inexistência de previsão orçamentária, tem prevalecido o entendimento que prestigia a observância do mínimo existencial, ou seja, havendo desacordo entre a lei orçamentária e os valores que integram a dignidade da pessoa humana, esta última a ser assegurada pela ordem econômica, haverá a preponderância da dignidade e o conseqüente afastamento da legalidade da despesa pública.

Em tais casos, poderia o Poder Judiciário autorizar a efetivação dos gastos, com fundamento na razoabilidade e ponderação, cabendo Poder Executivo realizar a realocação de

despesas para a concretização dos direitos pleiteados. Assim o é porque, com exceção à ocorrência de justo motivo objetivamente auferível, a cláusula da reserva do possível não é passível de ser invocada pelo Estado apenas com o objetivo de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, especialmente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais fundamentais.

Ante essa aparente contradição entre a ordem econômica e a justiça social – aparente no sentido de que a ordem econômica é um fator a ser considerado na efetivação do direito à saúde e vice-versa – a atuação do Poder Judiciário deve ser prudente e cautelosa.

Isto porque, como explanado alhures, a interferência do Poder Judiciário na efetivação dos serviços públicos de saúde se mostra necessária quando da omissão ou ineficácia estatal e para a garantia do mínimo existencial. Entretanto, essa ingerência, em sua maioria apenas nas demandas individuais, tem se apresentado falha, na medida em que o problema não está sendo resolvido para todos os indivíduos.

Na prática, o que se percebe é que as alterações orçamentárias advindas das decisões do Poder Judiciário (captura de verbas públicas, realocação orçamentária, abertura de créditos suplementares ou inclusão das dotações no orçamento do ano seguinte) para a efetivação dos serviços de saúde, mas que se destinam a beneficiar somente alguns demandantes, mesmo que devidos, não extinguem a celeuma, quiçá a intensificando.

Conclui-se, deste modo, que a ingerência do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, assegurado pela ordem econômica constitucional, cujos objetivos estão dispostos no art. 170 da Constituição Federal, não deixa de ser pertinente, mas ao que parece, o controle do gasto público pelo Judiciário seria mais adequado do que a captura desordenada de verbas públicas ou a imposição de ações que desaguem na realocação desse montante. Ainda, outros modos de interferência judicial, conjuntamente com o controle, são necessários. O mais oportuno, ao que tudo indica, é a implantação do direito à saúde de maneira coletiva, de forma a reduzir as adversidades que a intervenção judicial acarreta nessa seara.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ALEXY, Robert. *Theori der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ANDREWS, R. & ENTWISTLE, T. Does cross- sectoral partnership deliver? An empirical exploration of public service effectiveness, efficiency and equity. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2010.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Verbatim, 2018.
- ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. Municipalização da saúde no Brasil: diferenças regionais, poder de voto e estratégias de governo. *Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 455-479, 2002.
- ASSIS, Gilmar de. SUS para todos: breves reflexões jurídico-sociais. Avanços e desafios. In: *Saúde*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES Jr., Jarbas; ASSIS, Gilmar de (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula. *O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

- BARRAL, Welber. Desenvolvimento e sistema jurídico: a busca de um modelo teórico. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Teoria jurídica e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006a.
- BARZOTTO, Luiz Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. In: MELLO, Cláudio Ari (Org.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed., v. 7. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BEHN, R. O novo paradigma da gestão pública e a busca da accountability democrática. *Revista do Serviço Público*, 1998.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 5ª ed. v. 1. Brasília: Ed. da UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BOYER, ROBERT. *Teoria da regulação: os fundamentos*. São Paulo: Estação Liberdade, 2009.
- BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Sistema Único de Saúde*. Brasília: CONASS, 2011, p. 25. (Coleção Para Entender a Gestão do SUS 2011, v. 1). Disponível em: http://www.conass.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=51:entendendo-a-gestao-do-sus-2011&catid=19:entendendo-a-gestao-do-sus-2011&Itemid=21. Acesso em: nov. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei nº 8.080. *Lei Orgânica da Saúde*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: nov. 2020.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O Estado na economia brasileira. *Ensaio de Opinião*. vol.4 n. 2-2, 1977.
- BRUE, Stanley L. *História do pensamento econômico*. Tradução de Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2011.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Organizado por Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006.

- CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2º ed. Almedina: Coimbra, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CASTEL, Robert. As armadilhas da exclusão. In: *Desigualdade e a questão social*. São Paulo: Educ, 1997.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O Controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. *CADE: o oligopólio no Estado brasileiro de intervenção necessária*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2015.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 54, p. 28-39, 2006.
- COELHO, André Felipe Canuto. O estado liberal: entre o liberalismo econômico e a necessidade de regulação jurídica. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 8, n. 15. Jan/Jun. 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CROZATTI, Jaime; LIMA JUNIOR, Albires Ferreira de; LIMA, Leandro Nascimento; OLIVEIRA, Luana Lima de; RIGHETTO, Patrícia. O gasto e as fontes do financiamento do SUS nos municípios brasileiros de 2003 a 2018. *Revista Ambiente Contábil - UFRN – Natal-RN*. v. 12, n. 2, p. 200-218, Jul./Dez. 2020.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.
- DAIN, Sulamis. Os vários mundos do financiamento da Saúde no Brasil: uma tentativa de integração. *Ciência saúde coletiva* [online]. 2007, vol.12, suppl., p.1851-1864. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232007000700008&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: nov. 2020.

DAIN, Sulamis. *et al.* Avaliação dos impactos de reforma tributária sobre o financiamento da saúde. In: NEGRI, B.; FERRATO, G. (Org.). *Radiografia da Saúde: 2001*. Campinas: Editora Unicamp, 2001.

DEL MASSO, Fabiano. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DIAS, Jefferson Aparecido; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges. *Jurisdição civil, ativismo e ordem econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE. *PEC nº 241/2016: o novo regime fiscal e seus possíveis impactos*. Nota Técnica, set. 2016, n. 161. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2016/notaTec161novoRegimeFiscal.pdf>. Acesso em: dez. 2020.

DIEZ-PICASO, Luiz Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. 2ª. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

D'INNOCENZO, M., ADAMI, N. P. & CUNHA, I. C. K. O. O movimento pela qualidade nos serviços de saúde e enfermagem. *Revista Brasileira de Enfermagem*, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The three worlds of welfare capitalism*, New Jersey: Princeton University, 1990.

FADEL, M. A. V. & RÉGIS FILHO, G. I. Percepção da qualidade em serviços públicos de saúde: um estudo de caso. *Revista de Administração Pública*. 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Congelamento de preços - tabelamentos oficiais (parecer). In: *Revista de Direito Público* nº 91, 1989.

FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar., 2005.

GADELHA, Carlos Augusto Grabois. *et al.* Saúde e territorialização na perspectiva do desenvolvimento. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, p. 3003-3016, 2011.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>. Acesso em: nov. 2020.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GASTALDI, José Petrelli. *Elementos de economia política*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea. Teoria Geral do Direito. In: *11ª Conferência Internacional de Direito e Economia da ALACDE*, 2007, Brasília, Brasil. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GREILING, D. Performance measurement: a remedy for increasing the efficiency of public services? *International Journal of Productivity and Performance Management*. 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica – Teoria e Prática*. 5ª ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

HERKENHOFF, João Baptista. *Gênese dos direitos humanos*. 2ª ed. Aparecida: Santuário, 2002.

Judicialização da saúde. *Revista: Valor Econômico*. Publicado em 12/06/2019. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/judicializacao-da-saude-valor-economico-12619/#:~:text=Gastos%20da%20Sa%C3%BAde%20com%20decis%C3%B5es,a%20referida%20droga%20ao%20SUS>. Acesso em: dez de 2020.

JUPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

KOLACINSKI, David. *Analyse économique des droits de l’homme*. Rennes, France: Presses Universitaires de Rennes, 2003.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Tradução de Helga Hoffman. São Paulo: Campus, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEDUR, José Felipe. *Os direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. *Algumas observações sobre o orçamento impositivo no Brasil*. Cadernos Aslegis nº 25 janeiro de 2005.

LIMA, Luciana Dias de. Conexões entre o federalismo fiscal e o financiamento da política de saúde no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 511-522, 2007.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang e Luciano Benetti Timm (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direitos fundamentais – orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008.

LOZARDO, Ernesto. *O impacto do novo regime fiscal para o financiamento da saúde*. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 14 out. 2016. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content &view=article&id=28722](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28722). Acesso em: dez. 2020.

LUÑO, Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho e constitución*. Madrid: Ed. Tecnos, 2005.

MACHADO, José Angelo.; ANDRADE, Marta Leone Costa. Cooperação intergovernamental, consórcios públicos e sistemas de distribuição de cursos e benefícios. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 695-720, 2014.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MALIK, A. M. & TELES, J. P. Hospitais e programas de qualidade no estado de São Paulo. *Revista de Administração de Empresas*, 2001.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

MARINHO, A. Avaliação da eficiência técnica nos serviços de saúde nos municípios do estado do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Economia*. 2003.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Lecciones de derechos fundamentales*. Ed. Dykinson – Tradução livre do espanhol.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v.6, t II. São Paulo: Saraiva, 1991.

MATTA, Silvia Melo da. *Impactos das decisões judiciais na política de medicamentos (2013-2015)*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015.

MATSUSHITA, Thiago Lopes. *Análise reflexiva da norma matriz da ordem econômica*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (Mestrado em Direito). São Paulo, 2007.

MATSUSHITA, Thiago Lopes; CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. A proposta do estado brasileiro para o desenvolvimento econômico nacional em face da Emenda Constitucional nº 95 e seus reflexos na saúde e na educação. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 9, nº17, jan.-abr. 2017.

MATSUSHITA, Thiago Lopes; SAYEG, Ricardo Hasson. *O direito econômico brasileiro como direito humano tridimensional*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ricardo_hasson_sayeg.pdf. Acesso em agos 2020.

MAUÉS, Antonio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, F. F.; ROMBOLI, R.; REVENGA, M.. (Org.). *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*. Prima giornata internazionale di diritto costituzionale Brasile-Spagna-Italia. 1ª ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 257-273.

MAZZUCHELLI, Frederico. *A crise em perspectiva: 1929 e 2008*. Novos estudos - CEBRAP. n.82, pp. 57-66, 2008,

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28ª ed. atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Liberdade de iniciativa. Intromissão estatal indevida no domínio econômico, In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* nº 1, p. 178/179, 1999.

MENDES, Áquilas; MARQUES, Rosa Maria. O financiamento da Atenção Básica e da Estratégia Saúde da Família no Sistema Único de Saúde. *Saúde em debate*. vol. 38 n. 103, Rio de Janeiro, Out/Dez. 2014.

- MENDES, Eugênio Vilaça. (Org.). *Distrito sanitário: o processo social de mudança das práticas sanitárias do Sistema Único de Saúde*. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Abrasco, 1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MESSIAS, Ewerton Ricardo; SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *Financiamento e dano ambiental: a responsabilidade civil das instituições financeiras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MILLS, A. E. & SPENCER, E. M. *Values based decision making: a tool for achieving the goals of healthcare*. HEC Forum. 2005.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*, Coimbra: Centelha, 1973.
- MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição econômica*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.
- MOTA, Mauricio. O paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós positivismo e judicialização da política. *Revista Quaestio Iuris*, v. 5, n. 2, p. 286-309, jul./dez. 2012.
- MWITA, J. I. Performance management model: a systems-based approach to public service quality. *International Journal of Public Sector Management*, 2000.
- NAZAR, Nelson. *Direito econômico e o contrato de trabalho: com análise do contrato internacional do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007.
- NAZAR, Nelson. *Direito econômico*. Bauru-SP: EDIPRO, 2004.
- NEVES, Luiz Antônio; RIBEIRO, José Mendes. Consórcios de saúde: estudo de caso exitoso. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 10, p. 2207-2217, 2006.
- NIYAMA, Jorge Katsumi e César Augusto T. Silva. *Teoria da Contabilidade*. São Paulo: Atlas, 2013.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Dissertação (Mestrado em Direito do Setor de Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>. Acesso em: nov. 2020.
- Organização Mundial de Saúde – OMS/WHO. Constituição da Organização Mundial de Saúde. 1946. Disponível: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: nov. 2020.

PASCOAL, Valdeci Fernandes. *Direito financeiro e controle externo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*. O significado e alcance do art. 170 da constituição federal. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PIOLA, Sérgio Francisco; FRANÇA, José Rivaldo Mello; NUNES, André. Os efeitos da Emenda Constitucional 29 na alocação regional dos gastos públicos no Sistema Único de Saúde no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 411-421, 2016.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio; TIMBÓ, Maria Zulene Farias. *Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PLANALTO. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: ago. 2020.

PNUD. *O que é desenvolvimento humano*. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-desenvolvimento-humano.html#:~:text=O%20conceito%20de%20desenvolvimento%20humano,serem%20aqui%20que%20desejam%20ser.&text=A%20renda%20%20C3%A9%20importante%20mas,e%20n%C3%A3o%20como%20seu%20fim>. Acesso em: set. 2020.

PNUD. *Relatório de desenvolvimento humano 2010*. Nova Iorque: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2010.

POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*. México: Fondo Mexicano de Cultura, 2000.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

REIS, Rafael Luís Vale. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Coimbra, 2008.

RIBEIRO, José. Mendes; COSTA, Nilson do Rosário. *Regionalização da assistência à saúde no Brasil: os consórcios municipais no Sistema Único de Saúde (SUS)*. Planejamento e Políticas Públicas, Brasília, DF, n. 22, p. 173-220, 2000.

RIBEIRO, Maria de Fátima; GESTEIRO, Natália Paudetto. A busca da cidadania fiscal no desenvolvimento econômico: função social do tributo. In: SANTOS, António Carlos dos; LOPES, Cidália Maria da Mota (orgs). *Fiscalidade: outros olhares*. Porto (Portugal): Vida Económica, 2013.

ROCHA, Júlio C. de S. *Direito à saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999.

SALVADOR, Evilásio. *Fundo público e seguridade social no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. Brasília: Primas/OMS, 2004.

SANDERSON, I. Evaluation, learning and the effectiveness of public services: towards a quality of public service model. *International Journal of Public Sector Management*, 1996.

SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: desafios da gestão interfederativa*. Campinas: Saberes Editora, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09, p. 364 – 387, jan./jun., 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001. p. 17. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011.

- SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: HERING, Astrid; MARTINS Janete Rosa; BOFF, Salette Oro (Org). *Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas*. Temas de direito econômico e tributário, Edi Uri, ano 5, n. 8, jun. 2006.
- SEN, Amartia Kumar. *O Desenvolvimento como liberdade*. Trad. ROSA, Joaquim Coelho. 1ª ed. Lisboa: Gradiva, 2003.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem constitucional econômica*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26ª ed. Rio de Janeiro, 2005.
- SILVA, Fernando A. Resende e MAHAR, Dennis. Saúde e Previdência Social. Uma análise econômica. IPEA: Coleção Relatórios de Pesquisa, 21. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1974.
- SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, José Afonso da. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais. *Revista da Academia de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 3, 2003. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: dez. 2020.
- SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: RT, 1973.
- SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais – leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Editora Juruá, 2007.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SIOPS - *Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos de Saúde*. Brasília, DF. Recuperado de <http://www.saude.gov.br/repasses-financeiros/siops>. Acesso em: nov. 2020.
- SMITH, Adam. *The wealth of nations*. London: The Electric Book, 1998.
- SMITH, P. C. & STREET, A. Measuring the efficiency of public services: the limits of analysis. *Journal of the Royal Statistical Society*, 2005.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Constituição econômica. In: *Caderno de Direito Tributário* nº 4, 1993.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição econômica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, p. 29-32, abr.-jul., 1989.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

SOUZA, P. C. de & SCATENA, J. H. G. Aplicação da gestão de custos para o aumento na eficiência dos hospitais públicos. *Revista de Administração em Saúde*, 2010.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 2472-8, Relator: Ministro Maurício Correa. DJ: 11/11/2004.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 3.305-DF. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 13/09/2006.

STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 4/05/2004.

STF. RTJ 171/326-327, Relator: Ministro Ilmar Galvão.

STF. Agravo de Instrumento: AI 462.563/RS. Relator: Ministro Carlos Velloso.

STF. Agravo de Instrumento: AI 532.687/MG. Relator: Ministro Eros Grau.

STF. Agravo de Instrumento: AI 537.237/PE. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence.

STF. Agravo de Instrumento: AI 572.782/RS. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 09/02/2006.

STF. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento: AI-AgR-RJ 486.816. Relator: Ministro: Carlos Velloso. DJ: 12/04/2005.

STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: RE-AgR 255.627. Relator: Ministro Nelson Jobim. DJ: 21/11/2000.

STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: RE-AgR nº 259.508-0/RS. Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ: 08/08/2000.

STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: RE-AgR 273.834. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 12/09/2000.

STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: RE-AgR-RS 393.175. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 12/12/2006.

STF. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada: STA-AgR 175/CE, Relator: Ministro Gilmar Mendes.

STF. Recurso Extraordinário: RE 195.192/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio.

STF. Recurso Extraordinário: RE 198.263/RS. Relator: Ministro Sydney Sanches.

STF. Recurso Extraordinário: RE 237.367/RS. Relator: Ministro Maurício Corrêa.

STF. Recurso Extraordinário: RE nº 242.859-3/RS, Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ: 29/06/1999.

STF. Recurso Extraordinário: RE 246.242/RS. Relator: Ministro Néri da Silveira.

STF. Recurso Extraordinário: RE 256.327-RS. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 25/06/2002.

STF. Recurso Extraordinário: RE 271.286-RS. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 12/09/2000.

STF. Recurso Extraordinário: RE 279.519/RS. Relator: Ministro Nelson Jobim.

STF. Recurso Extraordinário: RE 297.276/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso.

STF. Recurso Extraordinário: RE 342.413/PR. Relator: Ministro Ellen Gracie.

STF. Recurso Extraordinário: RE 353.336/RS. Relator: Ministro Ayres Britto.

STF. Recurso Extraordinário: RE nº 393.175/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 01/02/2006.

STF. Recurso Extraordinário: RE 410715 AgR/SP. DJ: 22/11/2005.

STF. Suspensão de Segurança: SS nº 3205/AM.

STF. Suspensão de Segurança: SS nº 659/RS. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 22/07/1994.

STF. Suspensão de Tutela Antecipada: STA nº 91. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 26/02/2007.

“STF definirá destino da avalanche de liminares contra o SUS na Justiça”. Disponível em: <https://abdir.jusbrasil.com.br/noticias/84320/stf-definira-destino-da-avalanche-de-liminares-contra-sus-na-justica>. Acesso em: dez de 2020.

STJ. Suspensão de Segurança: SS nº 1.408/SP. Relator: Ministro Edson Vidigal. DJ: 08/09/2004.

STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais*. 3ª ed. São Paulo: Futura, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direitos sociais na constituinte*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Volume V – O orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TRAVASSOS, Claudia; OLIVEIRA, Evangelina X. G.; VIACAVA, Francisco. *Desigualdades geográficas e sociais no acesso aos serviços de saúde no Brasil: 1998 e 2003*. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 975-986, 2006.

VIACAVA, Francisco; BELLIDO, Jaime G. Condições de saúde, acesso a serviços e fontes de pagamento, segundo inquéritos domiciliares. *Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 351-370, 2016.

VIANA, Ana. Luiza d'Ávila; LIMA, Luciana Dias; FERREIRA, Maria Paula. Condicionantes estruturais da regionalização na saúde: tipologia dos Colegiados de Gestão Regional. *Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, p. 2317-2326, 2010.

VIEIRA, Fabiola S.; BENEVIDES, Rodrigo P. de S. e. *Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à Saúde no Brasil*. Nota Técnica, 28. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Set. 2016, p. 9. Disponível em: www.ipea.gov.br. Acesso em: dez. 2020.

XAVIER, António Lobo. *O orçamento como lei: contributo para a compreensão de algumas especificidades do direito orçamental português*. Coimbra: Boletim de Ciências Económicas. vol. 33, 1990.

ZIMMERMANN, Clóvis Roberto; SILVA, Marina da Cruz. *O princípio da desmercantilização nas políticas sociais*. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792009000200010. Acesso em: out. 2020.

WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WESTPHAL, Márcia Faria; ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de. *Gestão de serviços de saúde: descentralização/municipalização do SUS*. São Paulo: EDUSP, 2001.