

**FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA/FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE/FCH
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**

Rodrigo Borges Nogueira

**PARTICIPAÇÃO PRIVADA NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE:
COMPLEMENTARIDADE OU PROTAGONISMO?**

**Belo Horizonte
2017**

RODRIGO BORGES NOGUEIRA

**PARTICIPAÇÃO PRIVADA NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE:
COMPLEMENTARIDADE OU PROTAGONISMO?**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, Linha de Pesquisa Direito Público (Esfera pública, legitimidade e controle), da Fundação Mineira de Educação e Cultura/FUMEC, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Professora Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira

Co-orientador: Professor Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

**Belo Horizonte
2017**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N778p Nogueira, Rodrigo Borges, 1979-
Participação privada no Sistema Único de Saúde:
complementaridade ou protagonismo? / Rodrigo Borges
Nogueira. – Belo Horizonte, 2017.
106 f. ; 29,7 cm

Orientadora: Helena Colodetti Gonçalves Silveira
Co-orientador: Carlos Victor Muzzi Filho
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde, Belo Horizonte, 2017.

1. Sistema Único de Saúde (Brasil). 2. Direitos
sociais - Brasil. 3. Direito constitucional - Brasil. I. Título.
II. Silveira, Helena Colodetti Gonçalves. III. Muzzi Filho,
Carlos Victor. IV. Universidade FUMEC, Faculdade de
Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 342.7



NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof^ª. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira _____

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho _____

Prof^ª. Dra. Luciana de Souza Braga _____

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas _____

MESTRANDO: RODRIGO BORGES NOGUEIRA

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

*“PARTICIPAÇÃO PRIVADA NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE -
COMPLEMENTARIDADE OU PROTAGONISMO?”*

NOTA: (80) _____

ASSINATURA ORIENTADORA: _____

DATA DA DEFESA: 30/03/2017

AGRADECIMENTOS

Aos competentes, brilhantes, carismáticos e admirados: orientadora Professora Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira; e co-orientador Professor Dr. Carlos Victor Muzzi Filho. Pelas contribuições preciosíssimas e determinantes para a pesquisa, e pela participação fundamental nesta etapa da minha formação, com aulas muito frutíferas e exemplos positivamente inspiradores.

Aos demais professores, amigos colegas, funcionários da FUMEC e colaboradores, especialmente aos professores doutores: Eduardo Martins de Lima; Luís Carlos Balbino Gambogi; Maria Teresa Fonseca Dias; Raphael Frattari Bonito; Sérgio Henriques Zandona Freitas. Por terem me proporcionado enriquecedor e prazeroso aprendizado.

À família, Nonô e Nel; Cris e Chó; madrinha; tios(as); e primos(as). Pelo amor, cuidado, carinho, apoio, incentivo, provisão e muito mais.

Aos amigos e colegas. Por todo amor e apoio.

Minha sincera gratidão.

Mas o verdadeiro agradecimento e louvor é ao Senhor de toda a glória, Deus. Pelas condições de prosseguir realizando.

As condições dadas pelo Todo Poderoso Criador de Todas as Coisas consistem em todos os detalhes, que podem parecer acaso. Mas que, em verdade, têm suas medidas e oportunidades exatas, minuciosamente, detalhadamente e justamente postas para que se cumpra o que deve ser cumprido.

Empresta-me a família, os amigos, os mestres, os colegas e outros anjos, que me oferecem amor, alívio, alegria, facilidade, força e coragem. Mas também coloca anjos de lapidação para lutarem comigo no deserto.

Proporciona-me variada sorte de circunstâncias, obstáculos, lições, sentimentos, sensações, inspirações, provocações, estímulos, pensamentos, raciocínios, crenças, ideias e ideais.

Tudo isso ocorre da forma perfeita para a efetivação do meu fadário.

Essa oportunidade de agradecimento serve para louvar o Criador, por Ele ter me dado, além de tudo, capacidade pra enxergar o óbvio: que d'Ele, que é o Todo Perfeito, só pode advir perfeição.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de verificar se a participação particular no Sistema Único de Saúde, vultuosa como se apresenta, ocorre conforme a vontade do constituinte que, ao admiti-la, no artigo 199, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, utilizou o termo “complementar” para definir a maneira como tal participação do setor privado no sistema público de saúde deveria ocorrer.

Pesquisa de tal natureza é de relevante importância. Não apenas simplesmente por tratar de constitucionalidade/defesa da Constituição; da participação privada na esfera pública; ou do direito fundamental à saúde. Mais que isso, o trabalho pode contribuir para análise dos rumos da saúde pública brasileira. Instigar ponderações acerca de economia e controle de recurso público, e qualidade do serviço. A valiosa consequência pode vir a ser maior eficácia e eficiência para assegurar saúde à população, e integridade da Constituição.

Adotou-se a metodologia dedutiva, através de pesquisa bibliográfica e análise de dados.

PALAVRAS CHAVE: Saúde Pública; SUS; Sistema Único de Saúde; complementaridade; participação privada.

ABSTRACT

This study aims to verify that the private participation in the Unified Health System Brazilian, great as it stands, is the will of the Constituent that, admit it, in Article 199, § 1 of the Constitution, used the term " complementary "to define how such private sector participation in the public health system should occur.

Research of this nature is of great importance. Not just simply dealing with constitutionality/defense of the Constitution; private participation in the public sphere; or the fundamental right to health. More than that, work can contribute to analysis of the direction of brazilian public health.

The deductive methodology was adopted through bibliographical research and data analysis.

KEY WORDS: Public Health; SUS; Brazilian Unified Health System; private participation; complementary.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIDS - *Acquired Immunodeficiency Syndrome*
ANS – Agência Nacional de Saúde
CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CID – Classificação Internacional de Doenças
CONITEC – Classificação Internacional de Doenças no Sistema Único de Saúde
CPMF - Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira
EC – Emenda Constitucional
IAP – Instituto de Aposentadoria e Pensão
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INAMPS – Instituto Nacional da Assistência Médica da Previdência Social
INPS – Instituto Nacional de Previdência Social
MS – Ministério da Saúde
NASF - Núcleo de Apoio à Saúde da Família
NOB - Norma Operacional Básica
PSF – Programa Saúde da Família
PPP – Parceria Público-Privada
SAMU - Serviço de Atendimento Móvel de Urgência
STF – Supremo Tribunal Federal
SUS – Sistema Único de Saúde
TCU – Tribunal de Contas da União
TJ – Tribunal de Justiça
UPA - Unidades de Pronto Atendimento

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	13
2.1 Da assistência social no Estado Liberal aos direitos sociais no Estado Social: a guinada em favor da liberdade	15
2.2 Direitos sociais: dificuldade persistente de compreensão e implementação; igualdade.....	24
3 DIREITOS SOCIAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: UMA SÍTESE.....	28
3.1 Direitos sociais na Constituição Política do Império de 1824	29
3.2 Direitos sociais na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891	29
3.3 Direitos sociais na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934	30
3.4 Direitos sociais na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937	34
3.5 Direitos sociais na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946	39
3.6 Direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967	42
3.7 Direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. ..	45
3.8 Síntese histórica do direito à saúde no Brasil: aspectos relevantes.....	47
4 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	52
4.1 Direito fundamental à saúde: conceito; percalços na sua efetividade.....	52
4.2 Saúde pública no Brasil a partir de 1988.....	63
5 A GOVERNANÇA DA SAÚDE PÚBLICA E A PROBLEMÁTICA ACERCA DO CARÁTER COMPLEMENTAR DA PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NO SUS	71
6 CONCLUSÃO	96

REFERÊNCIAS.....	101
-------------------------	------------

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a saúde é direito de todos e dever do Estado. É o que garante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu artigo 196, ao prever serviços oferecidos gratuitamente a todos que necessitem, através de um sistema único cuja responsabilidade é dividida entre os três entes federativos.

O artigo 197 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por sua vez, reconhece serem de relevância pública as ações e serviços de saúde. Atribui ao Poder Público dispor sobre regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, nos termos da lei.

Embora seja dever do Estado, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Esta atua de duas formas: contrato entre particulares - prestador e usuário; ou participação complementar no Sistema Único de Saúde/SUS, na saúde pública, mediante contrato de direito público ou convênio.

Assim, o serviço público de saúde pode ser executado diretamente pelo Estado ou mediante delegação ao particular. Todavia, essa participação do setor privado no sistema público de saúde deve ser feita de maneira complementar, a teor do § 1º do artigo 199 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹. O desafio desta pesquisa, portanto, é compreender o alcance dessa complementaridade, a partir do marco constitucional e da legislação ordinária.

Nesse sentido, as normas infraconstitucionais, ao regulamentarem o dispositivo supra, clareiam o alcance, significado e sentido que devem ser dados ao termo “complementar” constante do dispositivo constitucional. A Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Ela é considerada o Código Nacional de Saúde. Seu artigo 24 permite que o SUS recorra aos serviços ofertados pela

¹ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...]

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

iniciativa privada somente quando suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população².

A Portaria do Ministério da Saúde/MS nº 1034, de 5 de maio de 2010, por sua vez, dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas, com ou sem fins lucrativos, de assistência à saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Seu artigo 2º faz exigir que seja comprovada a necessidade de complementação e haja impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde, para que o gestor estadual ou municipal possa recorrer à iniciativa privada para complementar os serviços de assistência à saúde³.

Daí, parece óbvia e inequívoca a interpretação segundo a qual a participação de entidades de natureza pública no SUS deve ser preferencial à participação privada. Dessa forma, o Poder Público não poderia transferir ao setor privado parte considerável do serviço público de saúde, ainda mais sem a devida verificação da incapacidade de realizar serviço de tal natureza, de modo satisfatório, diretamente. Mas o que ocorre, de fato, é que o setor privado responde por grande parcela dos serviços do Sistema Único de Saúde/SUS.

Segundo dados da pesquisa do Instituto Brasileiro de Pesquisas e Estatísticas/IBGE, sobre tal proporção participação pública versus participação privada no SUS, referente ao ano de 2012, apenas 36,68 % dos leitos hospitalares disponíveis ao SUS pertencem a entidades públicas⁴. Ou seja, 63,32% dos leitos disponíveis ao SUS são de propriedade privada. É ilustrativo o fato de instituições de

² Art. 24- Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

³ Art. 2º Quando as disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o gestor estadual ou municipal poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde, desde que:

I - comprovada a necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde e,

II - haja a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde.

§ 1º A complementação dos serviços deverá observar aos princípios e as diretrizes do SUS, em especial, a regionalização, a pactuação, a programação, os parâmetros de cobertura assistencial e a universalidade do acesso.

⁴ Tais dados podem ser encontrados no sítio eletrônico: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabnet.exe?idb2012/e22.def>

natureza privada, como as conhecidas Santas Casas, possuem unidades que funcionam exclusivamente pelo SUS.

Também em apoio de diagnóstico e terapêutico, é verificada ampla participação do setor privado no SUS. 75,9% dos tomógrafos e 86,6% dos aparelhos de ressonância magnética utilizados pelo SUS são privados⁵ (PAIM e outros, 2011).

A proposta do presente trabalho é analisar se a participação particular/privada no Sistema Único de Saúde/SUS, vultuosa como se apresenta, está conforme a vontade do constituinte que, ao admiti-la, no artigo 199, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, utilizou o termo “complementar” para definir a maneira como tal participação do setor privado no sistema público de saúde deve ocorrer.

Uma das hipóteses para se compreender, aceitar e até legitimar a participação maciça do setor privado no SUS poderia ser o propósito de fortalecimento e ampliação das ações do setor privado em áreas que até então predominava a atuação diretamente pública. Neste diapasão, poderia estar havendo permissão à iniciativa privada intencionada pelo próprio constituinte de 1987/1988. Conforme o olhar, o próprio artigo 199, que logo em seu *caput* já preceitua que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, pode ser visto como exemplo desse intuito de abertura à atuação privada.

Aliás, até mesmo antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa, objetivou impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa. Definiu que a maneira pela qual a Administração impediria tal crescimento desmesurado seria se desobrigando da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante

⁵ O índice quantitativo de participação do setor privado no SUS é variável, de acordo com a complexidade e a natureza das ações e serviços.

“A participação efetiva do setor privado no SUS hoje é mais pronunciada na atenção hospitalar e na oferta de serviços especializados de maior densidade tecnológica e custo, e representa uma proporção importante dos gastos do sistema. Essa dependência do SUS em relação aos serviços privados reflete a insuficiência de investimentos na rede pública e a baixa produtividade da maioria dos serviços sob gerência pública. A oferta de serviços pelo setor privado está orientada pela lucratividade dos atos e condicionada pelos diferenciais de remuneração da tabela do SUS que tem favorecido os procedimentos especializados que utilizam maior aporte tecnológico.” (VASCONCELOS; PACHE, 2006, p. 548).

contrato. Isso é possível desde que exista, na respectiva área de ação, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução⁶.

Por outro lado, a Constituição é expressa e as normas regulamentares muito claras quanto ao caráter de complementaridade da participação da iniciativa privada no serviço público de saúde. Tal serviço público de saúde deve ser organizado, orientado e fundamentado nos princípios da universalidade e da gratuidade ao usuário.

Nesse viés, o constituinte preferiu o serviço público de saúde diretamente prestado por instituições estatais ao prestado indiretamente por entidades privadas. As entidades privadas deveriam atuar no SUS acessoriamente e na medida necessária. Essa assertiva é confirmada pelas normas regulamentares, especialmente a Lei nº 8080/90 e a Portaria do Ministério da Saúde/MS nº 1034/10. Portanto, para essa linha interpretativa, deveria haver protagonismo do Estado não apenas na regulação e fiscalização, mas também na prestação do serviço público de saúde.

Essa pesquisa pretende discutir ambas as hipóteses. Verificar se alguma delas tem prosperado mais na organização dos serviços públicos de saúde no Brasil e de qual maneira. O objetivo é criticar a forte tendência de aumento da participação privada no serviço público de saúde. Tal tendência ocorre a despeito do desejo expressado na Constituição e nas normas infraconstitucionais, de modelo de saúde pública centrado no Estado. Trata-se de discussão que tem como questões de fundo a função do Estado e sua relação com a sociedade e a cidadania, bem como o papel dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde, na promoção da igualdade. Em outras palavras, o presente trabalho tem o objetivo de verificar se a maneira como a participação da iniciativa privada no SUS vem ocorrendo se articula com a ideia de complementaridade prevista na Constituição da República Federativa do

⁶ “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.” (BRASIL, 1967).

Brasil de 1988; e se há razão que justifique suposta desarticulação. Adotou-se a metodologia dedutiva, através de pesquisa bibliográfica e análise de dados secundários, fornecidas pela literatura especializada.

Não se espera descobrir ou esclarecer quais as razões ou a conveniência que o gestor público tem encontrado na opção por contratar entidades privadas para prestação do serviço público de saúde. Todavia, almeja-se contribuir para futuras análises e escolhas de gestão, à medida que investiga a origem, o significado e a eficácia do caráter da complementaridade da participação privada no sistema público de saúde brasileiro.

Trata-se de tema problema com relevância, não apenas simplesmente por tratar de defesa da Constituição e do direito fundamental à saúde. Mais que isso, o trabalho pode contribuir para análise do rumo da saúde pública no Brasil, fornecendo parâmetros normativos para melhor eficiência na asseguaração da saúde pública e universal à população brasileira.

2 DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É impossível entender a saúde, bem como a história de sua evolução, dissociada da história dos demais direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais. A compreensão da saúde, com foco nas respectivas políticas públicas, envolve, necessariamente, o entendimento da evolução social e política, bem como da história do surgimento e evolução dos direitos sociais conjuntamente considerados.

Portanto, fundamentalmente, de maneira a avançar na análise acerca da qualidade e dos limites da participação privada nos serviços públicos de saúde, é necessário que se entenda o itinerário percorrido pelo constitucionalismo democrático, até a inclusão da saúde como direito social fundamental⁷, sob a proteção da imutabilidade e irredutibilidade⁸. A discussão acerca do significado, do conceito e do alcance do termo “saúde” ficarão para momento posterior.

Verificar-se-á que os direitos sociais não encontraram campo propício para realização no Estado Liberal. Pelas mesmas razões, os “Estados Neoliberais”,

⁷ Os direitos fundamentais são assim chamados porque considerados indispensáveis à condição humana. Eles “podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade)” (ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.).

A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira Constituição a reconhecer direitos trabalhistas como direitos fundamentais (COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 178).

“Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo” (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70.).

⁸ O direito à saúde, assim como os demais direitos e garantias individuais é considerado cláusula pétreia. Pertence a um núcleo imodificável da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (RESENDE, 2006).

“Art. 60...

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.”.

contemporâneos, também têm tido dificuldade para implementar, com efetividade, os direitos sociais. Isso pode ajudar a explicar a incongruência de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 delimitar como complementar a participação privada no Sistema Único de Saúde mas tal participação ser, de fato, protagonista.

Mormente numa época que a tendência de ataque e desconstrução do Estado Social⁹ é forte, interessa buscar constatações jus filosóficas menos maniqueístas e mais engajadas com o valor da igualdade. Nesse sentido, a obra do professor italiano Antonio Baldassarre (2001) servirá como fio condutor da análise.

Esta seção, portanto, irá matizar as diferenças entre o Estado Liberal, individualista, fundamentado no princípio da liberdade, influenciado pelas ideias de John Locke¹⁰ e refratário às intervenções do Estado na vida privada, de um lado. Do outro, o Estado social e sua premissa de que o mercado, por si só, não realiza equidade, sendo necessária a atuação do Estado para garantir a felicidade privada através da igualdade material. Pavor da tirania do Leviatã¹¹ e combate às distorções sociais do capitalismo representam as diferentes preocupações dos respectivos modelos.

O Estado Social surgiu em sucessão ao Estado Liberal e aparece na base do Estado Democrático de Direito nos países do capitalismo central¹². Até se chegar ao reconhecimento do princípio da igualdade, subjacente ao direito à saúde, longa foi a história das lutas sociais em defesa da reorientação normativa das noções de justiça. Não foram verificados apenas avanços lineares, mas, também,

⁹ É de se notar que o ranço e a sugestão que o termo “socialismo” e os termos parecidos, relacionados ou derivados dele podem contribuir para as resistências, indefinições e incertezas acerca dos direitos sociais. Pois as experiências do socialismo revolucionário, típico soviético, não costumam ser lembradas como boas. O mau estigma que o termo “socialismo” carrega pode provocar reações, mesmo que inconscientes.

¹⁰ John Locke defendia a liberdade e a propriedade como direito natural da pessoa humana, anterior ao surgimento do Estado. Para conhecimento das ideias de John Locke que teriam influenciado a fundação do Estado Liberal, é recomendável a leitura da sua obra: LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo In: Carta acerca tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

¹¹ Thomas Hobbes usa a expressão Leviatã para se referir a algo que seria o soberano, ou o Estado. Ele se inspirou em um ser que o livro bíblico de Jó denomina Leviatã e relata que ninguém debaixo do céu ousou o desafiar e ficou ileso (HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria: forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979).

¹² No Brasil, o surgimento dos direitos civis e sociais é quase simultâneo, segundo análise de Wanderley Guilherme dos Santos (SANTOS, 1988).

descontinuidades, rupturas e retrocessos, provocados por fatores relacionados a intolerância, fanatismo, egoísmo, despotismo, absolutismo, tirania, oligarquia, totalitarismo, violência, revolução, guerra, golpe e outros.

2.1 Da assistência social no Estado Liberal aos direitos sociais no Estado Social: a guinada em favor da liberdade

Quando do surgimento do Estado Liberal, no Estado Moderno, muito pouco ou nada se falava sobre direitos sociais. O enfoque estava sobre o ideal libertário da pessoa. Ansiava-se muito os direitos de liberdade, individuais, aos quais correspondiam prestações negativas, abstenções, do Estado.

Os direitos sociais se distinguem dos direitos de liberdade porque a prestação a ser obtida do Estado é positiva. Os direitos sociais exigem do Estado prestações positivas, obrigação de fazer. Nos direitos de liberdade, a satisfação devida pelo Estado ao administrado é negativa. Os direitos de liberdade cobram abstenções do Estado, obrigação de não fazer.

As liberdades civis, econômicas e políticas se confundiam com o conceito de direito natural, sublime, sagrado. Elas fundamentavam o individualismo liberal. O Estado Liberal se apoiava nos ideais de liberdade natural do indivíduo.

Tais ideais de liberdade levaram à concepção jurídica da pessoa humana como sujeito de vontades que estabelece relações jurídicas movido pela sua volição. O ordenamento jurídico passa, então, a reconhecer o livre arbítrio. O indivíduo como senhor absoluto de suas próprias ações.

Como maneira de evitar abusos e conflitos, limitou-se condutas através da lei. O indivíduo era o senhor de seus atos, na medida delimitada pelo poder público através do ordenamento jurídico objetivo. Por outro lado, o soberano detinha poder sobre as ações públicas e a elas a coletividade era submetida.

No ordenamento jurídico objetivo, era reconhecida uma esfera de liberdade como essencial ao indivíduo, espécie de direito natural. Nesse âmbito, o indivíduo, senhor de suas ações, dominava sobre sua propriedade. Desse modo, no Estado Liberal, eram verificados os antagonismos entre regra/domínio e liberdade/propriedade.

Por lógico, no contexto do Estado Liberal, individualista, não havia espaço para direitos sociais. Os princípios sobre os quais o ordenamento jurídico no Estado

Liberal se fundamentava não abrigavam pretensão social como objeto ou conteúdo de direito subjetivo exigível do soberano legislador.

O que se entendia por direitos sociais e os modos de assegurá-los diversificou, conforme os estágios evolutivos da sociedade e do Estado. Os direitos sociais não eram concebidos nem classificados como direitos subjetivos. Eram, sim, vistos como deveres morais unilaterais da sociedade. Tidos como sagrados, sublimes, naturais e inderrogáveis, os então “direitos sociais” eram, em verdade, prestações de assistência social dirigidas a determinados grupos de pessoas consideradas necessitadas ou vulneráveis. As prestações de assistência social não eram direitos, mas, sim, favor, caridade. Exemplo ilustrativo é o artigo 21 da Constituição da República Francesa de 1793, promulgada com uma nova Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, expressamente, declarava que a assistência pública é uma dívida sagrada; e que a sociedade deve assistência aos cidadãos infelizes¹³.

A consideração do contexto histórico é fundamental para a compreensão do sentido das normas. Naquela época em que a aspiração predominante era por liberdade, acreditava-se que o papel do Estado seria assegurá-la. Supunha-se que a sociedade seria mais apta que o Estado para as prestações de assistência social.

Por isso, naquela época, eram raras as Constituições que reconheciam direitos sociais em seus textos originais. Mesmo nas insólitas Constituições que contemplavam direitos sociais, a provisão deles não era bem efetivada.

Ponderando-se que a igualdade jurídica é pressuposto para exercício das liberdades individuais, o Estado deveria cuidar de garantir a isonomia entre as pessoas quanto às possibilidades de titularizarem direitos e liberdades individuais. Dessa forma, no Estado Liberal, os direitos subjetivos eram vistos como direitos-meio para alcance da tão almejada liberdade negativa.

No Estado Liberal clássico, a maior parte das prestações a que correspondem os direitos sociais era provida por instituições não estatais, pelas famílias ou por

¹³ “Article 21. - Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler.”.

Tradução: Artigo 21. - A assistência pública é uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, dando-lhes trabalho ou assegurando os meios de subsistência para aqueles que são incapazes de trabalhar.

organizações privadas. Geralmente, tais organizações privadas tinham natureza religiosa ou filantrópica. Sem prejuízo das prestações assistenciais que eram promovidas pelas entidades públicas, havia espécie de sistema privado de assistência social. Era nítido o predomínio privado na assistência social.

Essa preponderância de entidades privadas na assistência social, que, em tese, atuavam por caridade, misericórdia, solidariedade e voluntarismo, pode ter dado razão à inoportunidade de as prestações de assistência social terem sido, naquele contexto, consideradas objeto de direito, pretensão jurídica, exigível, direito social.

Mesmo nos casos que a assistência social era prestada por instituição pública, não configurava relação jurídica típica de direito social, subjetivo, exigível. Tratava-se de política pública, normalmente temporária, estipulada e concedida voluntária e unilateralmente.

Já nos casos diversos, que a prestação social era objeto de livre contrato entre particulares, atinha-se entre os contornos do mercado e da iniciativa privada. A ela correspondia uma contraprestação de natureza econômica, normalmente. Nestas situações, também não havia direito social, direito subjetivo, mas, sim, livre vontade ou interesse de contratar. Percebe-se, portanto, que as prestações a que hoje correspondem os direitos sociais, ou através das quais os direitos sociais são providos, quando antigamente, em sede do Estado Liberal, elas provinham de dispensações sociais voluntárias, unilaterais quanto à volição/iniciativa e modo de fornecê-las.

Essa conjuntura verificada no Estado Liberal, mais factual, política e econômica do que principiológica, não foi favorável para que o sistema de assistência social predominantemente privado ora existente evoluísse rumo à formação de um sistema de prestação social de natureza pública. Semelhantemente como se pensava no ideário capitalista, em sede de Estado Liberal também parecia haver a premissa de que a distribuição seria consequência da produção. No contexto do Estado Liberal, seria impensável o desenvolvimento do sistema político e econômico no sentido da intervenção ativa do Estado na redistribuição. Naquela configuração, a intervenção do Estado na distribuição, além de indesejável, poderia ser considerada irracional, inútil ou insuficiente. Foi assim que a evolução ao modelo de Estado Social, em que os direitos sociais passaram a ser reconhecidos e

considerados como valores fundamentais na Constituição, ocorreu de uma maneira muito mais prática e factual do que teórica e consciente.

Nas últimas décadas do século XIX e primeiras do século XX, houve reformas legislativas em quase todos os Estados então liberais. Reformas tais que trouxeram as premissas imprescindíveis para o surgimento de um moderno Estado Social (BALDASARRE, 2001).

As discussões acerca dos direitos sociais tiveram origem na Europa. Os direitos sociais decorreram de tensões sociais e políticas ocorridas no século XIX. Naquele mesmo século é que também já surgiram as primeiras leis protetivas de direitos sociais¹⁴.

Os fatores reais responsáveis pela formação do Estado Social refletiram a pluralidade verificada na sociedade, obviamente. As reivindicações foram variadas e, muitas vezes, provocadas por interesses oriundos de antagonismo, destacadamente o antagonismo de classe. Principalmente empregados e empregadores, que, por exemplo, tiveram interesse que o Estado assumisse custos de prestações sociais que até então eram deles. Aliás, as implicações acerca do mercado de trabalho deram razão ao surgimento de diversos direitos sociais. Mormente nos momentos de crise econômica. As crises de 1873 e 1929, especialmente, provocaram desejo dos empregadores, dos trabalhadores e também do Estado, de solução que passava por

¹⁴ A Alemanha foi o primeiro país a produzir leis com conteúdo protetivo ao proletariado, entre os anos 1883 e 1889. Tais leis foram as primeiras no mundo a instituir o seguro obrigatório, para amparar o trabalhador em face de desventuras trabalhistas. A Constituição Mexicana, de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919, foram as primeiras leis constitucionais a trazerem esboços de reconhecimento de direitos sociais, mesmo que tímidos e raros. Continham princípios programáticos de justiça social. Como se pôde observar na evolução histórica, a formação do Estado Social teve razões independentes das influências teóricas do socialismo revolucionário, tipicamente soviético. Somente em momento posterior, já na ampliação da lista de direitos sociais, é que, possivelmente, as influências do socialismo revolucionário tenham influenciado.

É importante notar que boa parte dos países pioneiros na formulação de bases legais para o surgimento do Estado Social moderno, como Itália, Holanda, Alemanha e Bélgica, são países cujos governos eram preponderados por partidos católicos. Provavelmente, pela natureza e origem das prestações de assistência social estarem intimamente ligadas à igreja, devido à ampla participação da igreja na assistência social, é que tenha havido esse favorecimento legislativo ao surgimento do Estado Social (BALDASARRE, 2001).

Dentre os exemplos de preocupação e influência da igreja na proteção social, destaca-se a "Rerum Novarum". Ela foi uma encíclica escrita por Papa Leão XIII, em 15 de maio de 1891, através da qual recomendou observância a princípios de justiça social, melhor distribuição de riqueza, intervenção do Estado em proteção dos mais fracos, proteção aos operários e caridade. Ela inspirou pensamentos e movimentos políticos. Há versão da Rerum Novarum traduzida por Manuel Alves da Silva: LEÃO XIII, Papa. Encíclica Rerum Novarum. Tradução Manuel Alves da Silva. 15.^a ed. São Paulo, 2005.

acalmar a inquietação provocada pela insatisfação dos trabalhadores (BALDASARRE, 2001).

As revoluções industriais do século XIX fortaleceram muito o poder de voz da classe dos trabalhadores, no meio político, social e econômico. O contexto conduziu o Estado a reconhecer direitos sociais, como providência para reduzir a instabilidade provocada pela evolução da automação e pelas crises; e a assumir encargos, para reduzir os custos do trabalho para empregadores e trabalhadores.

Somado a isso, a Administração Pública assimilava ideias inovadoras tecnocráticas¹⁵. Isso parecia fazê-la crer ser eficiente e capaz de avocar serviços sociais, sem prejuízo das prestações tradicionalmente típicas de Estado que já assumia. Reconheceu-se o Estado como sujeito apto a prestações sociais, por entender que poderia prestá-las de maneira racional e imparcial.

Os movimentos de luta pela democratização, participação política e igualdade, após conseguirem certo sucesso no reconhecimento e obtenção de liberdades individuais, negativas e positivas, prosseguiram rumo ao progresso social. As conquistas seguintes, da segunda geração¹⁶, seriam os direitos de solidariedade, direitos sociais.

Como consequência, houve que se reconhecer que a realização dos direitos sociais era imprescindível à efetivação das liberdades e direitos individuais,

¹⁵ Mais adiante, será falado acerca do contemporâneo Estado Gerencial.

¹⁶ Direitos de segunda geração são os direitos coletivos, sociais, econômicos e culturais. Como, por exemplo, os direitos à saúde, ao trabalho, à educação, à cultura, ao lazer etc. Exigem prestações positivas do Estado.

Os direitos de primeira geração são os direitos individuais, de liberdades negativas, limitadores da atuação do Estado, em defesa do indivíduo. Têm natureza de direitos civis e políticos, como, por exemplo, o direito à vida, à igualdade, à propriedade, à intimidade etc.

Os direitos de terceira geração são os direitos transindividuais, difusos e individuais homogêneos. Não são adstritos ao indivíduo nem a um grupo determinado. Consideram seu destinatário, ser humano, em seu caráter universal, como gênero. Referem-se à paz, ao meio ambiente, aos patrimônios da humanidade, à qualidade de vida, à comunicação e aos processos tecnológicos. Como, por exemplo, direitos do consumidor, ao meio ambiente equilibrado e saudável etc.

Os direitos de quarta geração consideram a universalização, a globalização, os avanços tecnológicos, e a abertura das sociedades para o mundo e para o futuro. Como exemplos, o direito à democracia, o direito ao pluralismo e o direito à informação, os direitos que regulem o uso e acesso às biotecnologias etc.

Considerando a importância dos valores e interesses ao longo da história, os direitos de primeira geração buscaram, preponderantemente, resguardar a igualdade, os direitos de segunda geração a liberdade e os direitos de terceira geração a fraternidade.

(BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 258 e seguintes.).

reconhecidos anteriormente na primeira geração de direitos. O cidadão precisaria ter satisfeito um mínimo existencial¹⁷, através da obtenção de direitos sociais, para que tivesse condições de exercer cidadania com paridade, da maneira necessária à realização da democracia. Naquele contexto, o poder público é que pareceu ser mais apto a distribuir prestações sociais de modo mais distributivo e igualitário.

Os direitos sociais têm o condão de favorecer propiciação a cada indivíduo humano a condição de personalidade equivalentemente digna. Depois de satisfeitas minimamente suas necessidades ligadas aos direitos sociais é que o indivíduo poderia tomar posse das liberdades políticas e civis, de maneira igualitária. Nesse sentido, a afirmação das liberdades e do princípio da igualdade contribuem para o reconhecimento dos direitos sociais, e vice-versa.

Os conflitos e as tensões provocadas pelo cenário econômico e pelas condições do proletariado no século XIX inspiraram o conteúdo das normas. A participação do povo ampliou e, então, houve a passagem do Estado liberal, então focado nos direitos individuais, a um Estado mais atento às relações humanas, coletivas. O Estado, nesse novo desenho, com maior participação popular, mais democrático, passou a ser pluralista, como espelho da diversidade verificada na sociedade. Foi nesse cenário que direitos sociais foram reconhecidos e inseridos nas Constituições. A conexão entre democracia e direitos sociais é, portanto recíproca e íntima.

De certa forma, pode se dizer que o surgimento do Estado Social, no século XX, com o reconhecimento de direitos sociais, é consequência da modernização do velho Estado Liberal. O advento dos direitos sociais não rompe, mas, sim, dá solução de continuidade aos ideais liberais, necessariamente. Foi assim que o Estado Social nasceu em sucessão ao Estado Liberal e consta da base do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, despontou o Estado constitucionalmente estruturado, cujas atividades são regidas por leis votadas e aprovadas pelos representantes do povo.

Os Estados Liberais proporcionaram condições propícias à evolução da industrialização e da democracia. Os reflexos econômicos, sociais e políticos da

¹⁷ Para John Rawls, mínimo existencial seria um mínimo social que proveja as necessidades básicas de todos os cidadãos, "*un mínimo social que provea para las necesidades basicas de todos los ciudadanos*" (RAWLS, John. Liberalismo Político. México: Fundo de Cultura Econômica, 1995. p. 217-218.).

industrialização, mais a ampliação da democracia, conduziram ao reconhecimento dos direitos sociais e à formação do Estado Social. Nessa linha, o Estado Social surgiu como consequência de crises e reivindicações, de movimentos de classes antagônicas. O surgimento dos direitos sociais e do Estado Social decorre muito mais da evolução histórica e conjuntural do que de premeditada e intencional aplicação de ideologia específica.

Os direitos liberais foram insuficientes para proporcionar as condições mínimas de existência digna às classes sociais desfavorecidas, necessária para nivelar os indivíduos para o exercício da cidadania. A revolução industrial proporcionou desajustes prejudiciais à dignidade da pessoa humana e crises. O intervencionismo do Estado e os direitos sociais se apresentaram como saída.

O Estado Social surgiu como solução política e constitucional para a insegurança advinda da pluralidade e dinâmica culturais, de diversidades e mudanças culturais constantes e aceleradas. Nesse sentido, constituiu resposta para as incertezas provocadas pelo dinamismo econômico e do mercado, e pelas disparidades do jogo de poder, manifestadas nos conflitos entre as forças sociais. Assim, pode ele ser visto como modelo apropriado para resolução de problemas típicos de regime democrático, comuns em organização econômica baseada no modelo capitalista, de globalização mercadológica e cultural, que traz mudanças contínuas e rápidas.

Desde o final do século XIX, vários direitos sociais já haviam sido contemplados em normas infraconstitucionais. Mas a maciça constitucionalização somente se iniciou após a Segunda Guerra Mundial, na Europa, em países como Alemanha Ocidental, Itália, França e Espanha (sem deixar de considerar as antecessoras, porém programáticas: Constituição do México, de 1917; a Constituição de Weimar, de 1919; a Constituição Espanhola de 1931; e a Constituição Irlandesa de 1937). (MÂNICA, 2009).

Como visto, à medida que houve aumento da participação do povo nas discussões, o então Estado Liberal ganhou perfil cada vez mais pluralista e tendencialmente democrático. Foi nesse contexto que os direitos sociais passaram a ser inseridos nas Constituições dos Estados europeus. A princípio, as disposições constitucionais sobre direitos sociais tinham caráter programático. Desta forma, programáticas quanto aos direitos sociais, é que foram interpretadas a Constituição de Weimar e a posterior Constituição de Bonn, alemãs. Na verdade, a Constituição

de Bonn não definiu direitos sociais, mas colocou como princípio o Estado social de Direito.

Talvez em razão dos direitos sociais terem sido reconhecidos sob pressão de clamores e instabilidades é que as primeiras normas concessivas tiveram caráter meramente programático. É possível que, para obter rápida pacificação social e estabilidade econômica, os direitos sociais tenham sido reconhecidos e concedidos como promessa imponderada, sem análise de viabilidade ou sem franco propósito de efetivação.

Com a inserção dos direitos sociais nas Constituições, o modelo Estado Social atingiu seu ápice. Os efeitos devastadores da Segunda Guerra Mundial que durou de 1939 a 1945 provocaram maior atenção à necessidade de valorização da dignidade humana. Marco importante foi a promulgação da Declaração da Filadélfia¹⁸, da Organização Internacional do Trabalho/OIT, em 1944, que dispôs sobre direitos e políticas sociais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁹, da Organização das Nações Unidas/ONU, proclamada em 10 de dezembro de 1948, representa um dos instrumentos mais importantes de proteção dos direitos humanos da história. Ela estimulou e inspirou a inclusão e a disposição de direitos sociais em inúmeras Constituições, inclusive a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notoriamente. Nela, através da Assembleia Geral, as nações unidas declaram fé nos direitos fundamentais, na dignidade e valor da pessoa humana, e na igualdade. Também declaram resolução de favorecer o progresso social. Bem como o direito à segurança social, os direitos econômicos e sociais, destacadamente ao trabalho, Como: direito à proteção contra o desemprego; segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou outros infortúnios; à igualdade de salário; a funções iguais, sem discriminação; à sindicalização; ao repouso; ao lazer; à duração razoável da jornada; às férias remuneradas; a um nível de vida suficiente

¹⁸ A Declaração da Filadélfia/Constituição da Organização Internacional do Trabalho pode ser consultada no endereço eletrônico: <http://docslide.com.br/documents/constituicao-da-oit-declaracao-da-filadelfia-55bd22fe1b19a.html>

¹⁹ A versão traduzida oficial da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas/ONU pode ser encontrada no endereço eletrônico: <http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>.

para assegurar a si e a sua família saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, alojamento assistência médica e demais serviços sociais necessários; à educação; remuneração equitativa e satisfatória ao trabalhador, que permita a si e a sua família uma existência digna e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. Destaca o esforço pela educação para o atingimento do ideal comum das nações²⁰.

Mas, aos direitos sociais, cujo propósito é a satisfação de necessidades da pessoa, normalmente correspondem pretensões do administrado contra o Estado. Este deve prestações positivas àquele. A efetivação dos direitos sociais exige eficiente e dispendiosa atuação por parte do Estado.

Aquelas promessas obtidas mediante pressões, para soluções de crises, não foram efetivamente cumpridas. A frustração da realização concreta dos direitos sociais, que possivelmente já teria começado a ser sentida a partir da década de 50 do século XX, provocou a crise do Estado Social. As receitas estatais se apresentaram insuficientes e o colapso do Estado social foi mais fortemente notado nas décadas de 70 e 80 do século XX (CARVALHO NETO, 2000).

A partir daí, com o questionamento dos fundamentos ideológicos do Estado Social e a busca de alternativas ao modelo fracassado, surge, na década de 80 do século XX, a corrente ideológica denominada neoliberal²¹, defensora de Estado menos prestacional e interventor. Corrente esta que acredita que o mercado é capaz

²⁰ A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de dezembro de 2000, em seu Capítulo IV, cujo nome é "Solidariedade", previu direitos de caráter social, como prevenção e tratamento de saúde, proteção ao ambiente, proteção a trabalhadores, seguro social, serviços sociais, proteção a interesses econômicos e proteção ao consumidor.

Sobre esse período de crise do Estado social e surgimento do neoliberalismo, o jurista espanhol Antonio Baylos Grau, observa que "en la década de los ochenta, en medio del viento neoliberal que se traslada de un lado a otro del Atlántico, se produce un 'cambio de orientación' del sentido y extensión de los derechos sociales, en un contexto caracterizado por la crisis fiscal del Estado, el comienzo del desempleo masivo en los países industrializados y la crisis de los mecanismos de intervención estatal sobre el mercado".

Ou seja, na década de oitenta, em meio ao vento neoliberal que se move de um lado para outro do Atlântico, uma "mudança de rumo" do significado e extensão dos direitos sociais ocorre em um contexto de crise fiscal do Estado, de início de desemprego em massa nos países industrializados e a crise dos mecanismos de intervenção do estado no mercado.

(GRAU, Antonio Baylos. Estado de bienestar y derechos sociales. In: FERNÁNDEZ, T.; GARCÉS, J. (coords.). Crítica y futuro del Estado de bienestar: reflexiones desde la izquierda. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 21-35.).

²¹ O neoliberalismo teve como principais referências intelectuais fundadoras Ludwig Mises (MISES, Ludwig Von. Liberalismo. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987) e Friedrich Hayek (HAYEK, FA. O caminho da servidão, São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.).

de solucionar o problema do desemprego e os demais desequilíbrios apresentados no Estado Social. A livre concorrência seria capaz de proporcionar o crescimento econômico e, como consequência natural, a satisfação dos anseios sociais²².

O Estado Social pode ser visto como situação do Estado em um momento histórico transitório e reversível, como os neoliberalistas poderiam defender. Alguns teóricos neoliberalistas mais radicais poderiam conceber o declínio do Estado Social como bom caminho evolutivo para a sociedade²³.

É bem verdade que, pela ineficácia e ineficiência do Estado Social para corrigir os problemas relativos a conflitos sociais que, em tese, teria se disposto corrigir, tais problemas ainda persistem. Além disso, verifica-se que as crises são cíclicas e a organização econômica - de trabalho e de produção - estão sempre se reorganizando e reconvindo.

Mas é justamente pelo fato de não haver sinais de que a insegurança social será extinta que se pode considerar inconcebível a abolição dos Direitos Sociais. Essa suposta imprescindibilidade dos Direitos Sociais se deveria ao seu necessário poder de estabilização das relações sociais e de provimento do mínimo existencial necessário à dignidade humana.

2.2 Direitos sociais: dificuldade persistente de compreensão e implementação; igualdade

A análise da trajetória histórica dos direitos sociais talvez ajude a encontrar as possíveis razões de a prestação de tais direitos serem ainda entendidas como favor que a burocracia presta ao cidadão. É que a assistência social custou a sair da condição de mera concessão movida por nobres sentimentos relacionados à solidariedade, até chegar ao ponto inacabado da materialização constitucional, como direitos sociais, com força de direitos subjetivos e magnitude de direitos fundamentais.

É curioso o comportamento cíclico de alguns aspectos de organização do Estado que a história nos demonstra. Quando lá no Estado Liberal, a maior parcela

²² A queda do muro de Berlim, em 1989, é emblema da confiança na solução de abertura ao mercado.

das prestações de assistência social, embriões dos direitos sociais, era concedida pelas entidades pertencentes à sociedade civil. Isso pode servir para explicar o fato de, hoje, no Brasil, especificamente quanto ao direito social à saúde, ser forte e crescente o predomínio das entidades privadas na prestação de serviços de saúde. Ainda que a despeito de uma cláusula constitucional segundo a qual a participação do setor privado no sistema público de saúde deveria ser meramente complementar.

Percebe-se que, durante muito tempo (ainda hoje, em grau menor), houve resistência para se enxergar e conceber a natureza de direito subjetivo dos direitos sociais. A assistência social tem origem no favor provocado por sentimentos ligados à solidariedade, caridade, beneficência, voluntariedade, misericórdia e outros similares. Talvez por isso, o Estado, os indivíduos e a coletividade tiveram e ainda tenham dificuldade para reconhecer direito social como algo exigível, como objeto de uma relação jurídica que obriga o devedor a prestá-lo ao credor. Essa dificuldade de compreensão certamente contribuiu para a inclusão tardia e, muitas vezes, insuficiente, dos direitos sociais nas Constituições²⁴.

É pertinente notar que os direitos de liberdade também não foram prontamente compreendidos como direitos subjetivos. Assim como os direitos sociais, porém um século antes, os direitos de liberdade surgiram como algo estranho ao ordenamento jurídico. À maneira como havia sucedido anteriormente com os direitos de liberdade, os direitos sociais eram compreendidos como meros princípios políticos, geralmente programáticos, desprovidos de força coercitiva e sujeitos à livre discricionariedade do legislador.

O novo olhar sobre o papel e formato da Constituição, que vem trazendo nova forma de interpretação, segundo a qual os preceitos e princípios constitucionais têm efeito imediato e prático, auxilia a superação da ideia de que os princípios constitucionais servem mais como diretrizes e balizas indiretas e mediatas, destinados primordialmente ao legislador infraconstitucional. Essa passagem da legalidade à juridicidade parece estar contribuindo para que os direitos sociais se solidifiquem como direitos subjetivos, dotados de coerção. Ao mesmo tempo, reciprocamente, a afirmação do caráter de direito subjetivo dos direitos sociais

²⁴ Tardia sim, mas insuficiência não é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, pelo contrário, contém amplo e analítico catálogo de direitos sociais.

colabora para a juridicidade, vista como aplicação direta e imediata dos preceitos presentes na Constituição.

A evolução do Estado de Direito legislativo ao Estado de Direito constitucional contribui para melhor compreensão e valorização dos preceitos e princípios pertinentes aos direitos sociais. O Estado de Direito constitucional e os direitos sociais se fortalecem mutuamente, na medida que os valores e princípios contidos nos direitos sociais constitucionais têm sua compreensão aumentada e sua eficácia tornada imediata e direta. Os tribunais, especialmente as supremas cortes têm papel fundamental nessa trajetória evolutiva.

Nessa evolução, é com dificuldade e lentidão que os direitos sociais vêm caminhando rumo ao reconhecimento como direitos subjetivos, e mais, como direitos fundamentais. Tais enquadramentos ainda não se consumaram. Ainda hoje é verificada muita incompreensão da natureza, significado e dimensão jurídicos dos direitos sociais. Ademais, a concretização das políticas públicas garantidoras dos direitos sociais demanda estrutura e aparato complexos e caros. Essas constatações podem auxiliar a compreender porque os direitos sociais padecem de efetividade.

Também ciclicamente, o Estado parece querer retomar o critério da necessidade, verificado lá na origem das assistências de cunho social, no Estado Liberal. Até mesmo porque o Estado tem demonstrado insuficiência financeira para tantas provisões sociais concebidas na Constituição.

A superestrutura do Estado provedor poderia ser considerada mitigadora do Estado de Direito, mormente quando a insuficiência ou ineficiência da Administração Pública provoca a inaplicabilidade de direitos fundamentais constitucionais. Mas, sob esse olhar, o problema seria, sim, de eficácia e efetividade.

A verdade é que a provisão dos direitos sociais não se choca com os princípios do Estado de Direito. Ao invés disso, passou a ser fundamental fator de estabilização social e de democratização, nas democracias pluralistas mais recentes. Os direitos sociais, fundamentais para proteção do indivíduo e realização das condições mínimas de dignidade e personalidade, estão presentes nos Estados de Direito e não se conflitam com os elementos caracterizadores de tal configuração de Estado. Os Estados que seguem tendência neoliberal parecem pretender ou estar obrigados a redefinir seus papéis e seus campos de atuação. Tem-se buscado aumento da participação da sociedade civil em setores de assistência social que, até então, o Estado Social abarcara.

Há que se reconhecer que essa participação maior da esfera privada na esfera pública, e vice versa, constitui manifestação de democracia. Os direitos sociais se perenizam nos Estados Democráticos, fortalecendo a democracia e também sendo fortalecidos por ela. Dessa forma, a junção do tradicional Estado Social ao Estado Democrático de Direito, com toda a carga de valores e princípios adquiridos no Estado Liberal, parece representar mais do que conveniência. Constitui etapa necessária de um suposto processo evolutivo do Estado e da sociedade.

Os direitos sociais têm íntima relação com a democracia. Democracia e direitos sociais se ligam pelo princípio da igualdade, pressuposto comum a ambos. O mesmo princípio da igualdade de participação na sociedade é que vai levar ao reconhecimento da necessidade da igualdade entre os indivíduos também para obter satisfações necessárias à realização de suas personalidades. Em outras palavras, para que possa participar da sociedade equivalentemente aos seus semelhantes, o indivíduo necessita ter acesso equitativo aos direitos sociais capazes de lhe assegurarem o mínimo existencial imprescindível à completa realização de sua plena personalidade.

Assim, pode se afirmar que a efetivação dos direitos sociais é necessária à realização da democracia. Nesse diapasão, também é de se constatar que os direitos sociais se aderem fortemente às Constituições dos Estados pretensos democráticos, inclusive os ora tendentes ao neoliberalismo. O conjunto de direitos sociais é inserido nas Constituições como fator necessário à busca de estabilidade nos Estados de modelo democrático modernos, pluralistas.

Pode se concluir que o Estado Social, provedor de direitos e prestações positivas, proporcionalmente ao seu autoritarismo antidemocrático e a sua inefetividade, distancia-se do conceito de Estado Democrático de Direito. Com efeito, os modelos históricos de Estado Social apresentam deficiências democráticas em virtude da pouca participação da sociedade civil nos debates, escolhas e implementação das políticas públicas prestacionais dos direitos sociais; e deixa de oferecer, de maneira igualitária e distributiva, as condições mínimas que o indivíduo necessita para realizar plenamente sua personalidade e exercer cidadania e participação com dignidade e igualdade.

A saúde é uma dessas satisfações a serem distributivamente garantidas pelo Estado, na forma de direito social.

3 DIREITOS SOCIAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: UMA SÍNTESE

Como visto, o conjunto de direitos sociais passou a ter envergadura constitucional como saída necessária à refundação do pacto social e ao arrefecimento das lutas de classe, na passagem para o Estado Social. Posteriormente, teve essencial função estabilizadora na tentativa de superação das crises de legitimidade do próprio Estado. Na guinada em favor de uma configuração menos tecnocrática e mais comprometida com a cidadania.

No Brasil não foi diferente. O trato constitucional da igualdade começou paradoxalmente à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, que, embora autoritária, procurou fazer compensações entre o capital e o trabalho. As primeiras prestações sociais concebidas no Brasil eram benefícios trabalhistas e previdenciários. Não tinham como beneficiária a população em geral, mas, sim, o trabalhador contribuinte do regime de previdência.

Conforme visto, a história da saúde muitas vezes se confunde com a história dos direitos trabalhistas e previdenciários. Reflexo disso pode ser denotado ao se analisar a localização e a disposição do direito à saúde nos textos das Constituições Brasileiras, que serão vistos mais adiante neste trabalho. A atual Constituição da República Federativa do Brasil, inclusive, trata, primeiramente, a saúde como direito social do trabalhador e, em capítulo apartado posterior, como direito universal.

À maneira como países europeus buscaram solucionar suas crises capitalistas, sociais e de mercado, narrada anteriormente, no Brasil também foi ampliada a intervenção do Estado nas relações de trabalho e na economia. O Brasil também se valeu do intervencionismo estatal para combater as crises advindas do capitalismo liberal. Ou, seja, a intervenção do Estado, especialmente no campo do trabalho e na forma de acumulação de capital, foi a solução encontrada para tentar amenizar os desequilíbrios do capitalismo liberal²⁵.

²⁵ Assim, conforme anotado por Wanderley Guilherme dos Santos, em vez de invenção comunista, os direitos sociais teriam sido inventados em função do capitalismo, como solução pacificadora (SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Décadas de espanto e uma apologia democrática. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.).

Helena Colodetti Gonçalves Silveira observou que:

o modelo de Estado intervencionista que sucedeu o liberal representou mais uma forma de acomodação da relação entre economia capitalista e Estado moderno. Se o mercado não conseguiu solucionar sozinho todas as contingências de uma economia industrial e internacionalizada, o Estado chama para si parte desse ônus e debela macro questões que impunham obstáculos aos processos de acumulação: regulação das relações de trabalho, concessão de direitos sociais às massas, etc. (SILVEIRA, 2009, p. 51).

Pode se afirmar que, em certa medida, havia direitos sociais positivados em todas as Constituições brasileiras. Mas não como direito de todos, em caráter universal. A atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a que mais amplamente contempla direitos sociais e mais garantias oferece para assegurá-los.

3.1 Direitos sociais na Constituição Política do Império de 1824

A Constituição Política do Império, de 1824, embora de maneira muito limitada, assegurava os direitos sociais à liberdade de trabalho; à educação; e à saúde.

Dispôs que as cadeias seriam seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas “casas” para separação dos réus; que não se proibiria qualquer gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio, desde que não se opusesse aos costumes públicos, á segurança, e à saúde dos cidadãos; que os socorros públicos seriam garantidos; que a instrução primaria seria gratuita a todos os Cidadãos; e que os colégios e as universidades ensinariam os elementos das ciências, belas letras e artes.

3.2 Direitos sociais na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, promulgada após a proclamação da república, foi retrocessiva com relação aos direitos sociais. Suprimiu direitos sociais que já eram raros na anterior Constituição do Império de 1824. Dispôs que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos seria “leigo”; e garantiu o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial. Remeteu ao Congresso Nacional a competência privativa para dispor, através de lei, sobre o trabalho e sobre licenças, aposentadorias e reformas, impedindo-o de

conceder ou alterar tais direitos através de leis especiais. Atribuiu competência, não privativa, ao Congresso Nacional, para criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados, e prover a instrução secundária no Distrito Federal.

3.3 Direitos sociais na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

Mais preocupado com as questões sociais do que os presidentes anteriores, Getúlio Vargas²⁶ criou o Ministério do Trabalho, em 1930, e providenciou eleições para a instituição de uma nova assembleia constituinte. Então, em 1934, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Ela inovou em direitos sociais. Fundou um Estado intervencionista. Mas sua vigência durou apenas três anos.

Estabeleceu competência concorrentemente à União e aos Estados para cuidar da saúde e assistência públicas, e para fiscalizar a aplicação das leis sociais. Em título denominado “Da ordem Econômica e Social”, com o propósito de garantir existência digna às pessoas, estabeleceu regras de direito econômico.

Remeteu à lei que promovesse o amparo da produção e estabelecesse as condições do trabalho, na cidade e no campo, com vistas à proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do Brasil. Determinou que tal legislação do trabalho observasse os seguintes preceitos, além de outros que visassem melhorar as condições do trabalhador: proibição de diferença salarial para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo, capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador, conforme as condições regionais; jornada máxima de 8 horas de trabalho; proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; repouso semanal, preferencialmente aos domingos; férias anuais remuneradas; indenização ao trabalhador por dispensa sem justa causa; assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego.

²⁶ Maiores informações podem ser encontradas no Centro de pesquisa e documentação de história contemporânea do Brasil. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br>>.

Equiparou os profissionais liberais aos trabalhadores, para os efeitos das garantias e benefícios da legislação social. Determinou: instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; regulamentação do exercício de todas as profissões; reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; que os sindicatos e as associações fossem reconhecidos, em conformidade com a lei; não distinção entre trabalho manual, intelectual ou técnico, nem entre os respectivos profissionais; que o trabalho agrícola fosse objeto de regulamentação especial; que se procurasse fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas.

Ordenou que a União, em cooperação com os Estados, promovesse a organização de colônias agrícolas, para que fossem encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas que o desejassem e os sem trabalho; que, nos acidentes do trabalho em obras públicas da União, dos Estados e dos Municípios, a indenização fosse feita pela folha de pagamento, dentro de quinze dias depois da sentença, da qual não seria admitido recurso *ex-offício*.

Instituiu a Justiça do Trabalho para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social. Garantiu participação das associações representativas dos empregados na composição dos Tribunais do Trabalho.

Incumbiu a União os Estados e os Municípios de, nos termos das leis respectivas: assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação deveriam procurar coordenar; estimular a educação eugênica; amparar a maternidade e a infância; socorrer as famílias de prole numerosa; proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis, e medidas de higiene social que impedissem a propagação das doenças transmissíveis; e cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

Determinou que toda empresa, industrial ou agrícola, localizada fora dos centros escolares e onde trabalhassem mais de cinquenta pessoas, perfazendo estas e os seus filhos pelo menos dez analfabetos, fosse obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito; que a União organizasse o serviço nacional de

combate às grandes endemias do país, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo excedesse as possibilidades dos governos locais; e que a maternidade e a infância fossem amparados em todo o território nacional, para o que a União, os Estados e os Municípios deveriam destinar 1% das respectivas rendas tributárias.

No título denominado “Da Família, da Educação e da Cultura”, determinou que a família, constituída pelo casamento indissolúvel, estivesse sob a proteção especial do Estado; e que a educação seria direito de todos e deveria ser ministrada pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilitasse eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação e desenvolvesse num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

Incumbiu a União, os Estados e os Municípios de favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual

Fixou competência à União para: traçar as diretrizes da educação nacional; fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos, comuns e especializados, e coordenar e fiscalizar a sua execução, em todo o território do País; determinar as condições de reconhecimento oficial dos estabelecimentos de ensino secundário e complementar deste e dos institutos de ensino superior, exercendo sobre eles a necessária fiscalização; organizar e manter, nos Territórios, sistemas educativos apropriados aos mesmos; manter ensino secundário e complementar deste, superior e universitário, no Distrito Federal; e exercer ação supletiva, onde se fizesse necessária, por deficiência de iniciativa ou de recursos; e estimular a obra educativa em todo o País, por meio de estudos, inquéritos, demonstrações e subvenções.

Determinou que o Conselho Nacional de Educação fosse organizado na forma da lei. Que a ele fosse atribuída a elaboração do plano nacional de educação a ser aprovado pelo Poder Legislativo, contendo sugestões ao Governo das medidas julgadas necessárias para a melhor solução dos problemas educativos, bem como a forma de distribuição adequada dos fundos especiais.

Outorgou competência aos Estados e ao Distrito Federal para organizar e manter sistemas educativos nos territórios respectivos, respeitadas as diretrizes

estabelecidas pela União. No âmbito dos Estados e do Distrito Federal também deveriam ser estabelecidos Conselhos de Educação, com funções similares às do Conselho Nacional de Educação, bem como deveriam ser criados departamentos autônomos de administração do ensino. Tudo na forma das leis respectivas e para o exercício das suas competências na matéria.

Instituiu as seguintes normas para o plano nacional de educação a ser traçado pela União, através de elaboração do Conselho Nacional de Educação: ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória, extensivo aos adultos; tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível; liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições da legislação federal e da estadual; ensino, nos estabelecimentos particulares, ministrado no idioma pátrio, salvo o de línguas estrangeiras; limitação da matrícula à capacidade didática do estabelecimento e seleção por meio de provas de inteligência e aproveitamento, ou por processos objetivos apropriados à finalidade do curso; reconhecimento dos estabelecimentos particulares de ensino somente quando assegurarem a seus professores a estabilidade, enquanto bem servirem, e uma remuneração condigna; ensino religioso seria de frequência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno manifestada pelos pais ou responsáveis, que deveria constituir matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais; isenção de tributos para os estabelecimentos particulares de educação gratuita, primária ou profissional, oficialmente considerados idôneos; e liberdade de cátedra.

Definiu mínimo de dez por cento para a União e os Municípios e vinte por cento para os Estados e o Distrito Federal, da renda resultante dos impostos, para manutenção e desenvolvimento dos sistemas educativos. Para a realização do ensino nas zonas rurais, a União deveria reservar o mínimo de vinte por cento das cotas destinadas à educação, no respectivo orçamento anual.

Estabeleceu que a União, os Estados e o Distrito Federal deveriam reservar uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação; que as sobras das dotações orçamentárias acrescidas das doações, percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais e outros recursos financeiros, constituiriam, na União, nos Estados e nos Municípios, esses fundos especiais, que seriam aplicados exclusivamente em obras educativas determinadas em lei; e que parte dos mesmos fundos seriam aplicados em auxílios a

alunos necessitados, mediante fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica, e para vilegiaturas.

3.4 Direitos sociais na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937

Poucos anos depois de uma constituição tão rica em direitos sociais, ainda sob a presidência de Getúlio Vargas, este outorgou, autoritariamente, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Ela teria sido inspirada na autoritária Constituição Polonesa, então vigente. Com forte viés autoritário e centralizador, promoveu concentração de poderes no chefe do executivo, não apenas poder executivo, mas também poder de legislar. Isso comprometeu a harmonia, independência e equilíbrio entre os poderes²⁷.

Apresenta, no preâmbulo, justificativas para a autoritária outorga, dizendo servir para atender:

- às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por fatores de desordem então conhecidos, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica estaria procurando desnaturar em luta de classes, e da radicalização de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

- ao estado de apreensão criado no País, pela infiltração comunista, que se tornava dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;

- a que, sob as instituições anteriores, o Estado não dispunha de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Justifica, ainda, que estaria sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçavam a unidade do país e da rapidez com que se vinham processando a decomposição das instituições civis e políticas do país;

²⁷ Maiores informações podem ser encontradas no Centro de pesquisa e documentação de história contemporânea do Brasil. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br>>.

Fundamentado em tais justificativas é que o então Presidente da República Getúlio Vargas teria resolvido assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, que vigeria imediatamente, a partir daquela data, 10 de novembro de 1937.

Estabeleceu competência privativa da União, para fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deve obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude; e legislar sobre diretrizes de educação nacional e sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

Dispôs que, independentemente de autorização, os Estados poderiam legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensassem ou diminuíssem as exigências da lei federal, ou, não havendo lei federal, até que esta regulasse, sobre os seguintes assuntos: assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; e medidas de polícia para proteção das plantas e dos rebanhos contra as moléstias ou agentes nocivos.

Conferiu ao Conselho da Economia Nacional atribuições para promover a organização corporativa da economia nacional; estabelecer normas relativas à assistência prestada pelas associações, sindicatos ou institutos; editar normas reguladoras dos contratos coletivos de trabalho entre os sindicatos da mesma categoria da produção ou entre associações representativas de duas ou mais categorias; organizar, por iniciativa própria ou proposta do Governo, inquérito sobre as condições do trabalho, da agricultura, da indústria, do comércio, dos transportes e do crédito, com o fim de incrementar, coordenar e aperfeiçoar a produção nacional; e preparar as bases para a fundação de institutos de pesquisas que, atendendo à diversidade das condições econômicas, geográficas e sociais do País, tivessem por objeto racionalizar a organização e administração da agricultura e da indústria, estudar os problemas do crédito, da distribuição e da venda, e os relativos à organização do trabalho, emitir parecer sobre todas as questões relativas à organização e reconhecimento de sindicatos ou associações profissionais, e propor ao Governo a criação de corporação de categoria.

Assegurou aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos de que todos seriam iguais perante a lei; todos os brasileiros gozariam do direito de livre circulação em todo o território nacional, podendo fixar-se em qualquer dos seus pontos, aí adquirir imóveis e exercer livremente a sua atividade.

Acerca da educação e da família, dispôs que a educação integral da prole seria o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não seria estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. A infância e a juventude deveriam ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomaria todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importaria falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e criaria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assistiria o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

Ainda acerca da educação, e também da cultura, a arte, a ciência e o ensino seriam livres à iniciativa individual e também à iniciativa de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares. Seria dever do Estado contribuir, direta e indiretamente, para estímulo e desenvolvimento da cultura, da arte, da ciência e do ensino, favorecendo ou fundando instituições artísticas, científicas e de ensino. À infância e à juventude que faltassem os recursos necessários à educação em instituições particulares, seria dever da Nação, dos Estados e dos Municípios, assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino, em todos os graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.

O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas seria, em matéria de educação, o primeiro dever de Estado. Cumprir-lhe-ia dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais. Seria dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regularia o cumprimento desse dever

e os poderes que caberiam ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios que lhes seriam concedidos pelo Poder Público.

O ensino primário seria obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não excluiria o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, seria exigida aos que não alegassem, ou notoriamente não pudessem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar. A educação física, o ensino cívico e o de trabalhos manuais seriam obrigatórios em todas as escolas primárias, normais e secundárias, não podendo nenhuma escola de qualquer desses graus ser autorizada ou reconhecida sem que satisfizesse aquela exigência. O Estado fundaria instituições ou daria o seu auxílio e proteção às fundadas por associações civis, tendo umas e outras por fim organizar para a juventude períodos de trabalho anual nos campos e oficinas, assim como promover-lhe a disciplina moral e o adestramento físico, de maneira a prepará-la ao cumprimento, dos seus deveres para com a economia e a defesa da Nação.

O ensino religioso poderia ser contemplado como matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias. Não poderia, porém, constituir objeto de obrigação dos mestres ou professores, nem de frequência compulsória por parte dos alunos.

Definiu que o trabalho seria um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual teria direito à proteção e solicitude especiais do Estado. A todos seria garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constituiria um bem que seria dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.

A legislação do trabalho deveria observar, além de outros preceitos, os de que: os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, seriam aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representassem; os contratos coletivos de trabalho deveriam estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário do trabalho. A modalidade do salário seria a mais apropriada às exigências do operário e da empresa

O operário teria direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; depois de um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de

trabalho contínuo, o operário teria direito a uma licença anual remunerada; nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não houvesse dado motivo, e quando a lei não lhe garantisse a estabilidade no emprego, daria ao trabalhador o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço; nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescindiria o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo; salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho; dia de trabalho de oito horas, que poderia ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei; o trabalho à noite, a não ser nos casos em que seria efetuado periodicamente por turnos, seria retribuído com remuneração superior à do diurno; proibição de trabalho a menores de catorze anos, de trabalho noturno a menores de dezesseis, e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a mulheres; assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto; a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho.

As associações de trabalhadores teriam o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais.

Assegurou a liberdade de associação profissional ou sindical. Porém, somente o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado teria o direito de representação legal dos que participassem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

Instituiu a Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social. Ela seria regulada em lei e a ela não se aplicariam as disposições da Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

Declarou a greve e o *lock-out*²⁸ como recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

Dispôs que a economia da produção seria organizada em entidades representativas das forças do trabalho e que, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, seriam órgãos deste e exerceriam funções delegadas de Poder Público. A lei deveria fomentar a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular seriam equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei lhes cominar penas graves e lhes prescrever processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

3.5 Direitos sociais na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946

Após a deposição de Getúlio Vargas²⁹, inicia-se um período de redemocratização e a consequente promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, que, já no primeiro artigo, afirma que todo poder emana do povo.

Ela repôs direitos e garantias individuais e restabeleceu o equilíbrio dos poderes, reduzindo a concentração de poderes no chefe do Executivo, que a Constituição anterior havia outorgado. Muitas regras e direitos constantes das Constituições de 1934 e 1937 foram repetidos. Instituiu em seu corpo o mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* e a ação popular. A propriedade foi condicionada a sua função social, sob pena de desapropriação.

Estabeleceu competência à União para organizar defesa permanente contra os efeitos da seca, das endemias rurais e das inundações. Bem como para legislar sobre direito do trabalho, normas gerais de direito financeiro, de seguro e previdência social, de defesa e proteção da saúde, mais diretrizes e bases da educação nacional.

²⁸ *Lock out* é a expressão utilizada pra designar a paralisação das atividades realizada pelo patrão, com objetivo de pressionar ou obstaculizar reivindicações, manifestações ou greves de trabalhadores.

²⁹ Sobre isso, é recomendável a leitura de “Diretrizes do Estado Novo (1937 - 1945) > Queda de Vargas e fim do Estado Novo”, disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/QuedaDeVargas>

Dispôs que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Que a lei facilitaria a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras públicas. Para este fim, seriam preferidos os nacionais e, dentre eles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados. Assegurou a todos trabalho que possibilitasse existência digna. Definiu o trabalho como obrigação social. Deu poderes à União para, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. Tal intervenção teria por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados na Constituição.

Estabeleceu que a legislação do trabalho e a da previdência social obedeceriam aos seguintes preceitos, além de outros que visassem a melhoria da condição dos trabalhadores: salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário do trabalho noturno superior ao do diurno; participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar; duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei; repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; férias anuais remuneradas; higiene e segurança do trabalho

Proibiu trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente.

Conferiu o direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário; fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria; estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuisse; reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante; assistência aos desempregados; previdência, mediante

contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho; não distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual, nem entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias e benefícios.

Reconheceu o direito de greve, cujo exercício seria regulado por lei. Bem como a liberdade de associação profissional ou sindical, cuja forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público seriam regulados por lei.

Obrigou a assistência à maternidade, à infância e à adolescência, em todo o território nacional. Bem como a promoção à criação, através de lei, de institutos de pesquisas, preferencialmente junto aos estabelecimentos de ensino superior.

Colocou a educação como direito de todos. Ela seria dada no lar e na escola. A educação deveria se inspirar nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. O ensino dos diferentes ramos seria ministrado pelos Poderes Públicos e seria livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulassem. As ciências, as letras e as artes seriam livres.

Adotou como princípios a serem adotados pela legislação do ensino: a obrigatoriedade do ensino primário, que só seria dado na língua nacional; gratuidade do ensino primário oficial para todos e para quantos provassem falta ou insuficiência de recursos ao ensino oficial ulterior ao primário; obrigatoriedade às empresas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhassem mais de cem pessoas, a manter ensino primário gratuito para os seus servidores e os filhos destes; obrigatoriedade às empresas industriais e comerciais, a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores, pela forma que a lei estabelecer, respeitados os direitos dos professores; matrícula facultativa do ensino religioso como disciplina dos horários das escolas oficiais, a ser ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se fosse capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável; liberdade de cátedra, exigência de concurso de títulos e provas para o provimento das cátedras, no ensino secundário oficial e no superior oficial ou livre, sendo assegurada a vitaliciedade aos professores admitidos por concurso de títulos e provas.

Estipulou que, anualmente, a União aplicaria nunca menos de dez por cento e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino. A União organizaria o sistema federal de ensino e o dos Territórios. O sistema federal de ensino teria caráter supletivo, estendendo-se a todo o País nos estritos limites das deficiências locais. Os Estados e o Distrito Federal organizariam os seus sistemas de ensino. Para o desenvolvimento de tais sistemas, a União cooperaria com auxílio pecuniário, o qual, em relação ao ensino primário, proviria do respectivo Fundo Nacional. Cada sistema de ensino teria, obrigatoriamente, serviços de assistência educacional que assegurassem condições de eficiência escolar aos alunos necessitados.

3.6 Direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967

Em 1967, mesmo ano que o Marechal Arthur da Costa e Silva assumiu a Presidência da República, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Com disciplinamento semelhante ao das Constituições anteriores, quanto aos direitos sociais, inovou pouco. Incluiu o direito ao salário-família aos dependentes do empregador; a hipótese de diferença de etnia na proibição de diferença de salários; a asseguaração de participação do trabalhador na gestão da empresa; e o direito à aposentadoria aos trinta anos de trabalho, com salário integral, à mulher.

A Constituição de 1967 atribuiu competência à União para estabelecer planos nacionais de educação e de saúde e legislar sobre direito do trabalho; produção e consumo; diretrizes e bases da educação nacional; normas gerais sobre desportos, de seguro e previdência social, de defesa e proteção da saúde e de regime penitenciário.

Vedou à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar imposto sobre o patrimônio, a renda ou os serviços de Partidos Políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos fixados em lei. Autorizou a União a conceder isenções de impostos federais, estaduais e municipais, em atendimento a relevante interesse social, mediante lei complementar.

A Justiça do Trabalho foi mantida, para o desempenho da competência de conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e

empregadores e as demais controvérsias oriundas de relações de trabalho regidas por lei especial. Foi assegurada paridade de representação de trabalhadores e empregadores nos órgãos da Justiça do Trabalho.

Garantiu o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer. Bem como a liberdade de associação profissional ou sindical.

Dispôs que a ordem econômica teria por fim realizar a justiça social e se basearia nos seguintes princípios: liberdade de iniciativa; valorização do trabalho como condição da dignidade humana; função social da propriedade; harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Assegurou aos trabalhadores os seguintes direitos: salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; salário-família aos dependentes do trabalhador; proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil; salário de trabalho noturno superior ao diurno; integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos; duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos; repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; férias anuais remuneradas; higiene e segurança do trabalho; proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres; descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário; fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e Industriais; estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente; reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e nos casos de doença, velhice, invalidez e morte; seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho; proibição de distinção entre trabalho

manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos; colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei; aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral; greve; além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social.

Definiu que a lei instituiria a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. Que a educação seria direito de todos, provida no lar e na escola, assegurada a igualdade de oportunidade. A educação deveria se inspirar no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. O ensino seria ministrado nos diferentes graus pelos Poder Público e seria livre à iniciativa particular, a qual mereceria o amparo técnico e financeiro do Poder Público, inclusive bolsas de estudo. As ciências, as letras e as artes seriam livres.

A legislação do ensino deveria adotar os seguintes princípios e normas: o ensino primário somente seria ministrado na língua nacional; o ensino seria obrigatório para todos com idade dos sete aos quatorze anos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais; o ensino oficial ulterior ao primário também seria gratuito para os que provassem falta ou insuficiência de recursos e demonstrassem efetivo aproveitamento. Sempre que possível, o Poder Público substituiria o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigindo o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior; o ensino religioso, de matrícula facultativa, deveria constituir disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio; o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior seria sempre feito mediante prova de habilitação, consistindo em concurso público de provas e títulos quando se tratasse de ensino oficial; seria garantida a liberdade de cátedra.

Os Estados e o Distrito Federal deveriam organizar os seus sistemas de ensino, e, a União, os dos Territórios. O sistema federal de ensino teria caráter supletivo e se estenderia a todo o País, nos estritos limites das deficiências locais. A União prestaria assistência técnica e financeira para o desenvolvimento dos sistemas estaduais e do Distrito Federal. Cada sistema de ensino deveria ter, obrigatoriamente, serviços de assistência educacional que assegurassem condições de eficiência escolar aos alunos necessitados.

As empresas comerciais, industriais e agrícolas seriam obrigadas a manter, pela forma que a lei estabelecesse, o ensino primário gratuito de seus empregados e

dos filhos destes. Deveriam, ainda, ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores.

3.7 Direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Após a Constituição de 1967 sofrer vinte e sete emendas, foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁰. Denominada “Constituição Cidadã”, pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, a Constituição de 1988 teve maior comprometimento com a construção da democracia.

Já no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os representantes do povo brasileiro, então reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, consignaram: que o objetivo de estarem lá foi o de instituir um Estado Democrático; que tal Estado Democrático se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos; e que tal sociedade se funda na harmonia social e se compromete, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Aliás, na oportunidade da promulgação, o presidente da Assembléia nacional constituinte, Ulysses Guimarães, discursou que a Constituição transformou o homem em cidadão. E só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa. Que, num país de 30.401.000 analfabetos, afrontosos 25% da população, cabe advertir: a cidadania começa com o alfabeto. Que não bastou à Constituição defender o cidadão contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com o Mandado de Injunção. Recordou que o Brasil era, então, o quinto país a implantar o instituto moderno da seguridade, com a integração de ações relativas à saúde, à previdência e à assistência social, assim como a universalidade dos benefícios para os que

³⁰ Tratou-se nesta seção dos direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apenas em linhas gerais, considerando que há complementação do tema no capítulo 6.

contribuam ou não, além de beneficiar 11 milhões de aposentados, espoliados em seus proventos (GUIMARÃES, 1988).

No primeiro artigo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 define que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito. Embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 denomine o Estado como “Democrático de Direito”, e não como “Estado Social”, ela contempla vasta lista de direitos sociais, de maneira explícita, expansiva e analítica. Trata-se, portanto, da continuidade de uma concepção de justiça profundamente comprometida com a igualdade material, embora dispense o autoritarismo tanto do Estado provedor tecnocrático, quanto do intervencionismo elitista da ditadura civil-militar de 1964.

Com o exposto objetivo de proteger e buscar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, os direitos sociais foram colocados na privilegiada posição constitucional de direitos fundamentais. Dentre tais direitos, incluiu o direito à saúde.

Os direitos sociais foram inseridos no título que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Os direitos sociais expressamente previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. O direito social ao transporte somente foi incluído nessa lista expressa constitucional em 2015, através da Emenda Constitucional/EC 90/2015.

A proposta de orçamento da seguridade social é elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, que devem considerar as prioridades e as metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias. É assegurada a cada área a gestão de seus respectivos recursos.

Assim, pode se dizer que o Brasil, como Estado promotor de direitos sociais fundamentais, compartilha a mesma orientação normativa do Estado Social europeu, embora divirja dele em relação à estrutura burocrática e grau de efetividade de garantias. Daí o caráter garantista da Constituição Federativa do Brasil de 1988, ao assegurar os vitais e fundamentais direitos sociais, trazendo-os à proteção da rigidez constitucional e tentando garantir sua efetivação. Conquanto não institua Estado

Social, a Constituição de 1988 é rica em políticas públicas inclusivas e distributivas, e assegura amplo catálogo de direitos sociais.

Nesse diapasão, também é de se constatar que os direitos sociais, de modo persistente, indispensavelmente, se aderem às Constituições dos Estados de economia tendente ao neoliberalismo. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com suas influências neoliberais, adotou o valor da livre iniciativa como fundamento do Estado. Então, admitiu à iniciativa privada a atuação na saúde. Mas, especificamente quanto à saúde pública, criou um sistema público único, o Sistema Único de Saúde/SUS, o qual idealizou que fosse mais estatal quanto possível.

Todavia, é importante notar as ambivalências verificadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ela possui ampla lista de direitos fundamentais individuais e sociais. Entre estes, destacam-se a educação e a saúde. Ao mesmo tempo que determina o provimento de tais direitos pela Administração Pública, assegura a liberdade da iniciativa privada nos setores atinentes. O empreendedorismo liberal assegurado pela ordem econômica brasileira reforça e complementa a oferta de serviços. No entanto, lado outro, pode ocasionar entraves para a implementação de direitos fundamentais. As relações público-privadas sempre trazem consigo o perigo de socialização dos custos e privatização dos bônus.

É justamente essa relação entre garantismo social, responsabilidade do Estado na efetivação do direito à saúde e a livre iniciativa que será objeto de análise quando se discutirá os adequados parâmetros para a participação complementar privada na saúde pública na seções seguintes.

3.8 Síntese histórica do direito à saúde no Brasil: aspectos relevantes

Quando o Brasil era colônia de Portugal, compreendido entre os anos 1500 e 1822, cujo contexto socioeconômico e macroeconômico era de exploração de matérias-primas e monopólio comercial por Portugal; e cujo contexto político era de controle político e cultural de Portugal; a saúde era incipiente. Houve, no século XVI, a criação de hospitais da Santa Casa de Misericórdia em Santos, São Paulo, Bahia, Rio de Janeiro e Olinda. Os principais desafios de saúde consistiram em combater doenças pestilenciais e promover assistência à saúde da população (PAIM e outros,

2011).

No período imperial, que foi da independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822 até a proclamação da república em 15 de novembro de 1889, em que o Brasil foi governado sequencialmente pelos dois monarcas Dom Pedro I e seu filho Dom Pedro II, o contexto socioeconômico e macroeconômico foi marcado pela abertura dos portos, em 1808, o surgimento do capitalismo moderno, e o início da industrialização. O contexto político era de centralismo político e coronelismo, com o controle político de províncias e localidades nas mãos dos grandes proprietários de terra. As estruturas de saúde tiveram ênfase na política sanitária. A administração da saúde era centrada nos Municípios. Houve a criação das primeiras instituições de controle de epidemias, entre 1828 e 1850, e controle sanitário dos portos. Os principais desafios de saúde consistiram em combater doenças pestilenciais, com priorização da vigilância sanitária nos portos e comércio (PAIM e outros, 2011).

O período da República Velha, compreendido entre os anos 1889 e 1822, cujo contexto socioeconômico e macroeconômico era baseado em economia agroexportadora (capital comercial), marcado pela crise do café e insalubridade dos portos. Cujo contexto político era de Estado Liberal-oligárquico, marcado por revoltas militares. No âmbito da saúde, houve a criação da Diretoria Geral da Saúde, em 1897, criação das caixas de aposentadoria e pensão, em 1923, criação da incipiente assistência à saúde pela previdência social. Verificação de dicotomia entre saúde pública e previdência social. Os principais desafios de saúde consistiram em combater doenças pestilenciais, como febre amarela, varíola, peste, e doenças de massa, como tuberculose, sífilis e endemias rurais (PAIM e outros, 2011).

Na era ditatorial do Presidente Getúlio Vargas, que durou dos anos 1930 aos anos 1945, cujo contexto socioeconômico e macroeconômico era baseado em industrialização, mas com manutenção de estrutura agrária, o contexto político era o do Estado Novo, entre 1937 e 1938, Estado autoritário, identificado com o nazifacismo. No âmbito da saúde, verificou-se uma saúde pública institucionalizada pela criação do Ministério da Educação e Saúde Pública, previdência social e saúde ocupacional institucionalizadas pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Os institutos de aposentadoria e pensão estenderam a previdência social à maior parte dos trabalhadores urbanos, entre 1933 e 1938. Verificaram-se campanhas de saúde pública contra a febre amarela e a tuberculose. Os principais desafios de saúde consistiram em combater as endemias rurais, como a doença de Chagas,

esquistossomose, ancilostomose, malária, bem como deficiências nutricionais e outras doenças, como tuberculose e sífilis (PAIM e outros, 2011).

Durante a instabilidade democrática, entre os anos 1945 e 1964, cujo contexto socioeconômico e macroeconômico era de substituição de importações, urbanização acelerada, migrações, com penetração do capital internacional e advento da indústria automobilística, O contexto político foi de governos liberais e populistas. No âmbito da saúde, verificou-se a criação do Ministério da Saúde, em 1953; leis que unificaram os direitos de previdência social dos trabalhadores urbanos, em 1960; expansão da assistência hospitalar; e o surgimento de empresas de saúde. Os principais desafios de saúde consistiram em combater as então emergentes doenças modernas, como as doenças degenerativas, bem como os acidentes de trabalho e de trânsito (PAIM e outros, 2011).

Na era de instabilidade democrática, entre os anos 1945 e 1964, cujo contexto socioeconômico e macroeconômico era de substituição de importações, urbanização acelerada, migrações, com penetração do capital internacional e advento da indústria automobilística, o contexto político foi de governos liberais e populistas. No âmbito da saúde, verificou-se a criação do Ministério da Saúde, em 1953; leis que unificaram os direitos de previdência social dos trabalhadores urbanos, em 1960; expansão da assistência hospitalar; e o surgimento de empresas de saúde. Os principais desafios de saúde consistiram em combater as então emergentes doenças modernas, como as doenças degenerativas, bem como os acidentes de trabalho e de trânsito (PAIM e outros, 2011).

No período da Ditadura Militar, compreendido entre 1964 e 1985, cujo contexto socioeconômico e macroeconômico era de internacionalização da economia, milagre econômico (1968-1973), e penetração do capitalismo no campo e nos serviços, o contexto político foi de golpe militar e ditadura, em 1964; reforma administrativa, em 1966; crise política, com eleições em 1974; abertura política gradual, entre 1974 e 1979; liberalização; transição política, entre 1974 e 1984; e proliferação de movimentos sociais. No âmbito da saúde, verificou-se a criação do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, em 1976; 1º Simpósio de Política de Saúde do Congresso, em 1979; criação da Associação Brasileira em Pós Graduação em Saúde Coletiva, em 1979; criação de Institutos de Aposentadoria e Pensões/IAP unificados no Instituto Nacional de Previdência Social/INPS; privatização da assistência médica e capitalização do setor da saúde, em 1966; capitalização da

medicina pela previdência social; crise do sistema de saúde; programas de extensão de cobertura para populações rurais com menos de vinte mil habitantes; crise da previdência social; criação do Instituto Nacional da Assistência Médica da Previdência Social/INAMPS, em 1977, e financiamento deste aos Estados e Municípios, para expansão da cobertura de saúde; e a nociva centralização do sistema de saúde, com fragmentação institucional, em benefício do setor privado. Os principais desafios de saúde consistiram em combater as morbidades modernas, como as doenças crônicas degenerativas, bem como os acidentes de trabalho e de trânsito; combater as endemias rurais, que persistiam; e combater as doenças infecciosas e parasitárias que predominavam nas regiões Nordeste, Norte e Centro-Oeste (PAIM e outros, 2011).

No período da transição democrática, entre 1985 e 1988, cujo contexto socioeconômico e macroeconômico era de fim da recessão, reconhecimento da dívida social, e planos de estabilização econômica, o contexto político foi de início da Nova República, em 1985; instalação da Assembleia Nacional Constituinte e promulgação da atual Constituição de 1988. No âmbito da saúde, verificou-se a inclusão da saúde na agenda política; a 8ª Conferência Nacional de Saúde; ampliação do Movimento de reforma Sanitária; continuação do financiamento pelo INAMPS aos Estados e Municípios; expansão das ações integradas de saúde; Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde, em 1987; novos canais de participação popular; e contenção das políticas privatizantes. Os principais desafios de saúde consistiram reduzir a mortalidade infantil; combater doenças preveníveis por imunização; e combater doenças cardiovasculares, cânceres, Síndrome da Imunodeficiência Adquirida/AIDS, bem como as mortes violentas (PAIM e outros, 2011).

No período contemporâneo, a partir de 1988, cujo contexto socioeconômico e macroeconômico é desafiante quanto ao controle de estabilidade econômica; inflação; recuperação e manutenção de níveis de renda; redução de desigualdades; políticas monetárias; e ajustes macroeconômicos. Contexto político instável. Teve dois presidentes da república democraticamente eleitos com mandados cassados por impedimento, sendo que o processo de impedimento que deu causa à segunda cassação de mandado, em 2016 teve suas constitucionalidade, legitimidade e regularidade minimamente duvidosas. Houve reforma do Estado, em 1995.

No âmbito da saúde, contemporaneamente, verificou-se a criação do Sistema Único de Saúde, com universalização da saúde; descentralização do sistema de saúde; 9ª Conferência Nacional de Saúde; extinção do INAMPS, em 1993; criação do Programa de Saúde da Família, em 1994; crise de financiamento; criação da Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira/CPMF, em 1996, para financiamento da saúde; tratamento gratuito para as mais diversas enfermidades; Conferências Nacionais de Saúde; Normas Operacionais Básicas/NOB e de regulação da assistência à saúde; regulamentação dos planos privados de saúde; criação da Agência Nacional de Saúde/ANS, em 2000, para supervisionar e regulamentar os planos privados de saúde; criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em 1999; lei dos medicamentos genéricos; Lei Arouca, que instituiu a saúde do indígena como integrante do SUS; Emenda Constitucional 29/2000, que definiu as responsabilidades da União, Estados e Municípios, visando estabilidade do financiamento do SUS; Lei da Reforma Psiquiátrica, em 2001; expansão e consolidação da saúde primária; criação do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência/SAMU, em 2003; Pacto pela Saúde, em defesa do SUS, em 2006; Pacto de Gestão, em 2006; Pacto pela Vida, em 2006; Política Nacional de Atenção Básica, em 2006; Política Nacional de Promoção da Saúde, em 2006; Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde; Política Nacional de Saúde Bucal, Brasil Sorridente, em 2006; Unidades de Pronto Atendimento/UPA 24 horas, em Municípios com mais de cem mil habitantes, em 2008; Núcleos de Apoio à Saúde da Família/NASF junto ao PSF, em 2008; redução da mortalidade infantil; redução da incidência de hanseníase e doenças preveníveis por imunização; e aumento expectativa, tempo médio de vida da população.

Os principais desafios de saúde consistem em reduzir a mortalidade infantil; combater as doenças cardiovasculares, os cânceres, tuberculose, AIDS, leishmaniose visceral e malária; combater epidemias; e reduzir mortes e lesões por causas externas e violentas, como acidentes de trânsito e homicídios (PAIM e outros, 2011).

4 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

4.1 Direito fundamental à saúde: conceito; percalços na sua efetividade

Conforme já relatado, os movimentos sociais das mais diversas classes, iniciados no século XIX, tiveram seus efeitos mais evidenciados no século XX, quando tratados internacionais e Constituições de vários povos reconheceram o direito à saúde. Avanços tecnológicos e científicos na área de saúde, tratamentos, procedimentos, terapias e medicamentos foram impulsionados a partir da publicização do acesso à saúde. E o motivo é o interesse em utilizar os benefícios do progresso científico em prol de uma saúde menos custosa e mais efetiva.

O significado do termo “Saúde” é amplo e vago. Segundo o conceito dado pela Constituição da Organização Mundial de Saúde, de 26 de julho de 1946³¹, “saúde” seria a completa condição de bem estar físico, mental e social.

A saúde é um estado biológico e psíquico que depende de inúmeras condições internas e externas ao corpo. Determinada, ainda, pelo individualismo circunstancial; e também pela sorte física, psicológica, sensorial, comportamental e ambiental de cada ser, dentre vários outros fatores visíveis e invisíveis.

O sentido e a percepção que se dá à “saúde” são individuais e subjetivos. Ademais, são reformulados continuamente. “Saúde” não é um estado ou situação que se estabiliza ao ser alcançada. É um construto. Algo que está sempre sendo buscado, prevenido, cuidado e reparado.

O conceito de saúde pode variar conforme a cultura e o contexto. O estágio tecnológico e científico também imprime grande influência. Nesse sentido, a evolução pode provocar aumento das exigências para que se considere as condições de saúde satisfatórias.

Obviamente, o bem estar social ou coletivo depende do bem estar individual. Daí porque essa utilidade desfrutável pela pessoa humana passou a constituir dever do Estado e da sociedade, atrelada, portanto, à noção de interesse público.

Pela imprescindibilidade da saúde à vida, o direito fundamental à saúde talvez seja o direito social que esteja mais intimamente relacionado ao direito à vida³². E é

³¹ A Constituição da Organização Mundial da Saúde pode ser encontrada no endereço eletrônico: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1950;000102618>

na tentativa de assegurar o direito à saúde que o poder público desenvolve ações e serviços voltados ao indivíduo e também à coletividade. Realiza atividades de atenção à saúde e também de vigilância. Efetiva ações terapêuticas e preventivas.

O SUS atua através de ações de vigilância sanitária; vigilância epidemiológica; vigilância nutricional e orientação alimentar; saúde do trabalhador; assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; controle e fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; fiscalização e inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; formulação e execução da política de sangue e seus derivados; e outras ações que visem garantir a saúde da população.

Vários Estados, como Alemanha, Inglaterra e França passaram a conceber e garantir o direito à saúde de maneira universal. Ainda no mesmo século XX, um pouco mais tardiamente, países como Espanha, Portugal e Brasil também se comprometeram a assegurar o direito à saúde a todas as pessoas, independentemente de contrapartida específica (MÂNICA, 2009).

Então, o Estado Brasileiro, através da Constituição da República Federativa de 1988, constitucionalizou o direito à saúde e se comprometeu a garanti-lo de maneira universal, igualitária e gratuita a qualquer ser humano que esteja no território nacional. Conforme visto, as Constituições anteriores remetiam o trato da saúde à legislação infraconstitucional, sem criar ao Poder Público a obrigação de assegurar saúde à população universalmente e igualitariamente. Percebe-se,

³² “A partir da terceira década do século XX, os Estados antes liberais começaram o processo de consagração dos direitos sociais ou direitos de segunda geração, que traduzem, sem dúvida, uma franca evolução na proteção da dignidade humana. Destarte, o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das carências mínimas, imprescindíveis, o que outorgará sentido à sua vida” (ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004, p. 79.).

também, que, anteriormente, o acesso aos serviços de saúde foi concebido como direito do trabalhador.

É que, na década de 70 do século XX, no Brasil, surgiu o Movimento de Reforma Sanitária, ainda sob o regime militar que havia interrompido a então recente democracia. Num momento histórico quando as lutas no Brasil eram pela redemocratização, variados grupos formados pelos diversos segmentos da sociedade civil, especialmente os profissionais da área da saúde, os estudantes e os intelectuais, clamaram e se mobilizaram pela reforma da saúde. O propósito do Movimento de Reforma Sanitária seria provocar transformações que conduzissem ao melhoramento das condições de vida do povo e dos indivíduos (ASENSI, 2015).

As décadas de 70 e 80 do século XX foram marcadas por cenário econômico desfavorável no mundo e no Brasil. Isso fez que o clamor e os movimentos populares reprovadores do regime militar ganhassem corpo. As lutas pela redemocratização do país e pelos direitos fundamentais provocaram a instalação de Assembleia Nacional Constituinte e elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (ASENSI, 2015).

O Movimento de Reforma Sanitária representou uma das linhas que conduziram o Brasil a essa “redemocratização”, operada através da Constituição de 1988. Tal movimento reivindicou a criação de um sistema público de saúde democrático, universal, em contraposição ao modelo de então, que não atendia a universalidade de pessoas, mas era, sim, voltado ao beneficiário trabalhador contribuinte do regime de previdência. A concepção da saúde como direito de todos foi o cerne da reforma pleiteada pelo Movimento de Reforma Sanitária.

No sentido desse escopo principal, o Movimento de Reforma Sanitária atacou o modelo assistencial à saúde então vigente, adotando como ações: afastamento do autoritarismo na administração da saúde que foi exercido durante anos pelo regime militar brasileiro; defesa intransigente da ampliação da saúde como direito de todos e dever do Estado, de modo a apartar a perspectiva de mero serviço privado ou de serviço decorrente de vínculo empregatício; ênfase da participação da sociedade civil em todas as ações em saúde, desde o planejamento até a execução e fiscalização; promoção de uma visão desmedicalizada da saúde, que deveria considerar o paciente como ser humano inserido em um contexto social específico e com subjetividades singulares; defesa de que a saúde não deveria ser compreendida como uma ausência relativa de doença, tampouco de forma

compartimentalizada, mas, sim, como um complexo cultural, social, psicológico, biológico etc. Importa observar que esta última ação contribuiu para o surgimento do princípio da integralidade³³ (ASENSI, 2015).

O modelo de prestação da saúde adotado no governo militar era restritivo (restrita ao cidadão empregado) e privilegiava a medicina curativa. Ainda, o regime autoritário não admitia participação democrática nas decisões políticas. A bandeira reformista defendida pelo Movimento de Reforma Sanitária era de criação de um sistema público de saúde mais democrático, universal e integral, que concebesse a saúde de uma maneira mais ampla, cujo provimento incluísse ações preventivas e curativas variadas a todas as pessoas humanas.

A grande parcela do povo que não se encontrava empregada e nem possuía condições financeiras de pagar os caros planos privados de saúde ficavam desamparados das prestações de saúde. Sem deixar de considerar que uma parcela dos desfavorecidos era atendida por instituições filantrópicas, beneficentes, com destaque para as Santas Casas. Observa-se, assim, que, anteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os modelos de cuidado da saúde das pessoas refletiam a desigualdade social e a má distribuição dos recursos. Eram modelos muito restritivos. Como em outras partes do mundo, consoante já havíamos observado sobre os direitos sociais, a saúde era – e ainda é, em certa medida – vista como um favor que o Estado presta ao administrado. Os direitos sociais somente foram analiticamente constitucionalizados no Brasil em 1988. Antes de ganharem a proteção da rigidez constitucional, essas benesses poderiam ser mitigadas ou retiradas, conforme a vontade dos representantes políticos.

Então, em 1986, o Movimento de Reforma Sanitária provocou, organizou e efetivou a 8ª Conferência Nacional da Saúde. Os debates e deliberações pautados na 8ª Conferência Nacional da Saúde foram considerados e inspiraram a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 para formulação das disposições acerca da saúde existentes hoje na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Então, a saúde foi elevada a direito fundamental. Estabelecida como direito de todos, que deve ser satisfeito pelo Estado. Deixando de ser privilégio trabalhista previdenciário.

³³ Mais adiante, será abordado o princípio da integralidade.

Para prover o direito à saúde, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 criou o Sistema Único de Saúde/SUS. Tal sistema é constituído de uma rede integrada, regionalizada e hierarquizada de atenção à saúde. Estabeleceu princípios e diretrizes de organização e funcionamento do SUS. Não delimitou os serviços e ações a serem desempenhados no âmbito do SUS, na busca da efetivação do direito à saúde. Direito este cujo conceito é de difícil definição e delimitação. Visa fornecer saúde, algo tão abstrato.

O dever do Estado de garantir a saúde se cumpre com formulação e execução de políticas econômicas e sociais que propiciem a redução de riscos de doenças e de outros agravos. Bem como o estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Diz-se serviços e ações, porque, além dos serviços que visam promover diretamente a saúde à população, também incumbe ao SUS ações diversas. Tem-se, portanto, uma miríade de condutas que vão desde a construção de postos de saúde, contratação de médicos e enfermeiros, até regulação da indústria farmacêutica e fornecimento de remédios, nos termos do artigo 200 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁴.

Os dispositivos constitucionais são regulamentados pela Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre os princípios e diretrizes da saúde e do SUS, as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Os princípios básicos, constitucionais, que norteiam o Sistema Único de Saúde são: a) universalidade: destina-se a todo e qualquer cidadão; b) equidade: tratamento igualitário, igualdade de condições, acesso e tratamento a todas as

³⁴ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

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

peças, sem distinções discriminatórias; c) integralidade: o sistema e as ações tendentes a promoção, proteção e recuperação não podem ser fracionados - são integrais, em consideração à integralidade biopsicossocial do ser humano destinatário³⁵.

Considera-se que o advento do Sistema Único de Saúde, idealizado na 8ª Conferência Nacional da Saúde e consagrado na CF/88, representa enorme conquista social. Mais de 150 milhões de pessoas no território nacional, aproximadamente 75% da população, não possuem planos privados de saúde e dependem diretamente do sistema público de saúde³⁶.

Todavia, é possível dizer que o SUS atende toda a população, direta ou indiretamente. Mesmo as pessoas que possuem plano de saúde, eventualmente usam o SUS diretamente, ou se beneficiam, pelo menos indiretamente, das políticas, ações e serviços públicos de saúde. O SUS possui, portanto, mais de 200 milhões de usuários, ou seja, tem como público-alvo a totalidade da população brasileira. Desta feita, o SUS é, reconhecidamente, um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística/IBGE³⁷, a despesa anual do governo brasileiro referente ao consumo final de bens e serviços de saúde pública no Brasil supera 190 bilhões de reais, referente a 3,6% do Produto Interno Bruto no ano de 2013. A despesa da Administração Pública *per capita* com consumo de bens e serviços de saúde foi de R\$ 946,21, no mesmo ano.

O investimento público em saúde no Brasil é menor do que o de outros países que também possuem sistema público de saúde universal, segundo os dados apresentados pelo secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, Jarbas Barbosa, durante o Fórum Estadão Saúde. No Canadá, França, Reino Unido e Suíça os investimentos variam de 7,6% a 9,0% dos respectivos PIB. Já entre os países participantes do grupo de cooperação

³⁵ Em momento posterior, mais oportuno, deste trabalho, haverá melhor detalhamento de todos os princípios norteadores do Sistema Único de Saúde.

³⁶ Talvez como consequência do contexto econômico, no primeiro semestre do ano 2016, aproximadamente 910 mil pessoas descontrataram seus planos privados de saúde.

³⁷ Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabnet.exe?idb2012/e22.def>

econômica BRICS³⁸ (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), o Brasil é o país que apresenta maior investimento público em saúde. Entre os países do Mercado Comum do Sul/MERCOSUL³⁹, os investimentos públicos em saúde no Brasil são maiores do que na Venezuela e no Paraguai e menores do que no Uruguai e na Argentina⁴⁰. Também é menor do que no Chile.

A despesa federal com saúde tem aumentado desde 2003 em termos nominais, mas o ajuste pela inflação mostra uma redução líquida. Em 2007, apenas 8,4% do produto interno bruto foi gasto com a saúde. Nesse ano, a proporção pública da despesa com saúde foi de 41%,8 um valor baixo quando comparado a países como Reino Unido (82%), Itália (77,2%) e Espanha (71,8%), sendo também mais baixa que a de países como EUA (45,5%) e México (46,9%). (PAIM, 2011)

Há quem diga que os valores são insuficientes para a prestação de saúde satisfatória à população. Mas, em verdade, as razões para insatisfação da prestação da saúde parecem ter razão mais relacionada à qualidade dos gastos e dos serviços⁴¹. Nesse sentido, o Sistema Único de Saúde recebe muitas críticas, por não conseguir suprir as necessidades e anseios de saúde da população: saúde sucateada; situação de caos; assistência insuficiente e indigna; sofrimentos e perdas de vidas que poderiam ser evitados; capacidade de atendimento inferior à demanda; fila e demora para obtenção de medicamento, atendimento e consulta, geradoras de agravamento de patologia, e de diagnósticos e tratamentos tardios, inefetivos e mais custosos. São opiniões desfavoráveis frequentes, acerca do SUS.

A constitucionalização dos direitos sociais, seguida da evolução da compreensão dos direitos fundamentais constitucionais como normas de aplicabilidade direta e imediata erigiram a promoção, a proteção e a recuperação da

³⁸ Mais informações sobre o BRICS podem ser obtidas no endereço eletrônico: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/mecanismos-inter-regionais/3672-brics>

³⁹ Informações sobre o MERCOSUL podem ser obtidas no endereço eletrônico: <http://www.mercosul.gov.br/>

⁴⁰ Esses e mais dados podem ser obtidos no endereço eletrônico: <http://www.deepask.com.br/goes?page=Veja-ranking-de-paises-pelo-gasto-per-capita-com-saude;> <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,gasto-publico-do-brasil-com-saude-e-inferior-a-media-mundial,1686846;> e <http://www.indexmundi.com/map/?v=2225&l=pt>

⁴¹ Tal assertiva é corroborada por pesquisas como a de Maria de Fátima Medeiros de Queiroz, Jorge Luiz Mariano da Silva, Jonilson de Souza Figueiredo, e FÁBIO FREIRE RIBEIRO, intitulada "Eficiência no Gasto Público com Saúde - uma análise nos municípios do Rio Grande do Norte" (QUEIROZ e outros, 2011).

saúde à posição de direitos subjetivos passíveis de tutela jurisdicional. Assim a insatisfação do atendimento à saúde por parte do Poder Executivo tem levado o administrado a procurar junto ao Poder Judiciário a ordem para que o Executivo preste o atendimento reclamado. O vultoso número de ações judiciais de tal natureza tem sido denominado judicialização da saúde, ou seja, o poder de decisão sobre atendimento à saúde migrando do Poder Executivo, primitivamente competente, para o Poder Judiciário⁴².

No Brasil, todos os anos, milhares de pessoas buscam solução junto ao Poder Judiciário, para a negativa do Poder Executivo de tratamento ou medicamento de saúde⁴³. Os fundamentos dos pedidos e das decisões concessivas é o preceito constitucional federal de que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

⁴² Os números que comprovam o vultoso número de ações judiciais em que se pleiteia prestações de saúde podem ser obtidos no texto de Clenio Jair Schulze, “Novos números sobre a judicialização da saúde”, disponível em: <http://emporioidireito.com.br/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze/>.

⁴³ O Supremo Tribunal Federal/STF deverá enfrentar um difícil julgamento. Em síntese, deverá decidir se o Estado é obrigado a fornecer medicamento que não consta da lista de medicamentos que são fornecidos administrativamente pelo SUS, não adotado em protocolo de tratamento do SUS. Três ministros já votaram.

O Ministro Marco Aurélio Mello é pela obrigatoriedade estatal de fornecimento de medicamento não constante da lista do SUS, desde que o paciente e os respectivos familiares não tenham condições de arcar com os custos. Quanto ao medicamento importado, também deve ser fornecido pelo SUS, desde que não exista similar no Brasil e tenha registro em outro país.

O Ministro Edson Fachin também é pela obrigação de o Estado fornecer medicamento não constante de lista do SUS, desde que registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária/ANVISA, ou que esta esteja demorando a analisar o pedido de registro.

O posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso é contrário aos demais. Segundo ele, os juízes não foram eleitos para decidir o que fazer com o orçamento da saúde. Entende que o judiciário não pode obrigar o gestor público a custear medicamento que não foi incluído em lista do SUS. Nem ao fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA, exceto em caso que a eficácia do medicamento esteja comprovada e a ANVISA esteja demorando a analisar o medicamento para fim de registro.

Os medicamentos fornecidos pelo SUS são divididos em três componentes da assistência farmacêutica, com forma de organização e financiamento distintas: básico, estratégico e especializado. A lista que contém os medicamentos e os procedimentos protocolares a serem distribuídos administrativamente pelo SUS são os definidos e formulados de acordo com os artigos 19-M a 19-U, da Lei nº 8080/1990, que dispõem sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS. O estabelecimento de uma relação padronizada de medicamentos no SUS tem o intuito de atender de forma ampla à maioria das doenças e necessidades dos cidadãos. Quando o medicamento é padronizado pelo SUS, contemplado em protocolo de tratamento aprovado pelo SUS, ele passa a integrar uma lista de medicamentos a serem fornecidos administrativamente pelo SUS, para tratamento da respectiva doença, conforme protocolo. Segundo a Lei 12401/2011, a incorporação de novos medicamentos e Classificação Internacional de Doenças/CID no SUS é atribuída à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS/CONITEC. O CONITEC disponibiliza, na internet, sítio eletrônico www.saude.gov.br, planilha que contém as propostas de avaliação de medicamentos para integrarem a lista. Neste mesmo sítio eletrônico, é possível, a qualquer pessoa, formular proposta de avaliação de medicamento. Quando a

A argumentação contrária é acerca da escassez dos recursos e reserva do possível. Argüem no sentido de que, quando se concede os tratamentos que o judiciário determina, falta recursos para execução das políticas públicas decididas pelo gestor público. Defendem liberdade para o administrador público definir as políticas públicas e escolher os tratamentos de saúde que deseja disponibilizar a todos que necessitarem, com base em análises técnicas de custo x benefício. Tal debate também envolve o princípio da separação de funções⁴⁴.

Em que pesem as incongruências provocadas pela judicialização da saúde, as razões para insuficiência dos recursos da saúde e a inefetividade da atenção à saúde podem estar muito mais relacionadas à gestão dos recursos do que à judicialização da saúde. Os juízes não são alienados a isso. Intimamente, o julgador deve saber que, se julga procedente a demanda do paciente, a verba da saúde escapa da má gestão administrativa e é aplicada efetivamente em saúde.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem aplicar, em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos, anualmente, considerando a receita corrente líquida ou o produto da arrecadação, definidos de acordo com o § 2º do artigo 198 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁵ e estabelecidos na Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012. Esta lei complementar, além de dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados

enfermidade e o medicamento demandado pelo paciente coincidem com o protocolo do SUS, constando da lista aquele determinado medicamento como medicamento a ser fornecido a portador daquela determinada enfermidade, tal medicamento pode ser solicitado e concedido administrativamente.

⁴⁴ Sobre o princípio da separação de funções, ler: SOUZA, José Alves de. O Princípio da separação de poderes/funções na Constituição de 1.988. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47764&seo=1>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

⁴⁵ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.” (BRASIL, 1988).

anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em ações e serviços públicos de saúde, também estabelece 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.

Entretanto, os percentuais mínimos previstos na Constituição da República Federativa de 1988 têm sido indiretamente desconsiderados mediante a utilização de mecanismo também constitucional denominado desvinculação de receitas. Valendo-se disso, a União pode retirar até 30% da verba que seria destinada à saúde, para aplicar em outro setor que considere prioritário. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão fazer semelhantemente. Em outras palavras, até o ano 2023, a União poderá utilizar livremente 30% de sua arrecadação, e não mais apenas 20%. Ampliou-se de 20% para 30% o percentual de todos os impostos e contribuições sociais federais que podem ser desvinculados, não mais obrigados a serem destinados à educação ou à saúde. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios também terão 30% de suas receitas, impostos, taxas e multas, desvinculadas da educação e da saúde. Os efeitos da emenda retroagem até 1º de janeiro de 2016, como passou a ser permitido através da Emenda Constitucional nº 93/2016, que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias/ADCT⁴⁶.

Mas a saúde pública não vem sendo apenas atacada pela via da desvinculação de receitas. Apesar dos muitos movimentos populares, protestos, clamores e contestações, foi aprovada a Emenda Constitucional/EC 95/2016, que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir novo regime fiscal para todos os Poderes da União e para os órgãos federais dotados de autonomia administrativa e financeira integrantes do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social, que vigorará por 20 exercícios financeiros.

No período compreendido entre o ano 2018 e 2037, a fixação dos valores destinados à saúde considerarão apenas a inflação do período anterior. Assim, a cada ano, os valores destinados à saúde serão os mesmos do ano anterior, acrescidos do percentual inflacionário, sem qualquer oportunidade para aumento real ou investimento. Os prazos de vigência referentes a EC 95/2016 só poderão ser revistos após dez anos. Também será imposto teto de gasto em saúde. Há previsão

⁴⁶ Criada em 1994, com o nome de Fundo Social de Emergência, a Desvinculação de Receitas da União/DRU já foi editada várias vezes.

de sanção para o ente federativo que descumprir as regras limitadoras previstas na emenda. Como exemplo de penalidade, tem-se a proibição de realizar concursos públicos e de aumentar salários de servidores públicos.

Estima-se que isso poderá provocar perda de R\$ 4, 093 bilhões em 2017 e R\$ 8,635 bilhões em 2018 em redução de investimento público no setor da saúde⁴⁷. Por diversos aspectos, inúmeros profissionais do Direito consideram inconstitucional essa emenda. Pode se entender que as disposições da EC 95/2016 abolem ou mitigam cláusulas pétreas referentes à separação de funções e direitos e garantias individuais, além de serem consideradas como provocadoras de inadmissível retrocesso social.

Em síntese, a EC 95/2016 visa alterações fiscais, como medidas para equilibrar as finanças, restabelecer a confiança na sustentabilidade dos gastos e da dívida pública. Pois bem, além das supostas inconstitucionalidades, sobre as quais não se divagará, para não desviar muito o assunto deste trabalho, é de se notar que o emprego de erário na saúde é tratado pela EC 95/2016 como gasto, quando, em verdade, é investimento. Percebe-se que, nas próximas duas décadas, haverá real retração dos investimentos em saúde. Pois o orçamento se limitará à recomposição inflacionária. Assim, não haverá investimento propriamente dito, ou aumento real dos recursos destinados à saúde. O crescimento demográfico é desconsiderado⁴⁸.

No ano de 2016, a equipe econômica do Presidente da República mudou a base de cálculo do orçamento do SUS. Ela deixou de ser vinculada às receitas correntes líquidas e passou a ser vinculada à variação da inflação do ano anterior, aplicando antecipadamente a lógica da EC 95/2016.

O Ministro da Fazenda, Henrique Meirelles, afirma que a qualidade dos gastos importa mais do que o montante despendido. Em suas palavras: "dados da educação e da saúde hoje mostram que a alocação de recursos não é o problema. É preciso melhorar a qualidade do serviço prestado à população"⁴⁹.

⁴⁷ Tal estimativa foi feita pelo Grupo Técnico Institucional de Discussão sobre o financiamento do SUS. Mais informações podem ser obtidas no endereço eletrônico: <http://analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/?id=f9347b1dacab8365fc8a8cba595c630b>

⁴⁸ Isso fica bem demonstrado no estudo da Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada/IPEA acerca dos impactos da EC 95/2016, encontrável no endereço eletrônico: <http://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2016/12/05/analise-da-pec-55/>

Alterações de tal natureza são muito debatidas, enxergadas com muita desconfiança e sempre enfrentam muita resistência, pois se percebe que elas podem acarretar redução da verba destinada à educação e à saúde, já considerada insuficiente pela literatura. A temida consequência é o sofrimento da população, com danos físicos, biológicos e psicológicos, dores e mortes advindas da desassistência à saúde.

Conclui-se este capítulo com a observação que, de uma forma aparentemente cíclica, considerada a história dos direitos sociais sinteticamente narrada acima, o Estado parece querer retrair ao mínimo, retomar o critério da necessidade, conforme verificado lá na origem das assistências de cunho social. Desincumbindo-se da prestação direta de atividades efetivadoras de direitos sociais. Isso pode ajudar a compreender o tema central desta pesquisa. Pode auxiliar a compreensão das razões pelas quais ocorre desprezo ao preceito constitucional do caráter complementar que a participação privada no sistema público de saúde deveria ter.

4.2 Saúde pública no Brasil a partir de 1988

Junto à previdência e à assistência social, a saúde está dentre os direitos assegurados por um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público em todas as esferas federativas, denominado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como seguridade social.

Ao lado dos direitos à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados, a saúde foi classificada como direito social, dentro do título que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Como visto anteriormente, os direitos sociais são produtos de movimentos, reivindicações e lutas de variadas classes, dentre as quais se destacou a dos trabalhadores. A disposição dos direitos sociais na Constituição da República

⁴⁹ Afirmação extraída da reportagem, "Para especialistas, PEC 241 ataca só parte do problema - Ana Carolina Cortez", obtida no sítio eletrônico: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/16/economia/1466032886_171069.html - acesso em 11/10/2016

Federativa do Brasil de 1988 faz denotar esse destaque dos trabalhadores, no que se refere a tais direitos.

Com enfoque mais direcionado ao usuário trabalhador, o parágrafo do artigo 194 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que a seguridade social deve ser organizada pelo Poder Público. Na organização da seguridade social, o Poder Público terá que se basear nos seguintes objetivos: universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; e caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Universalidade de cobertura significa que a seguridade social deve cobrir a necessidade do segurado que seja provocada por qualquer contingência, ou seja, amparar necessidade proveniente de qualquer fato causador. A universalidade do atendimento é o objetivo de que todas as pessoas que necessitem sejam atendidas.

A uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais é o objetivo de que a população rural não tenha tratamento diferenciado da população urbana. Mas esse objetivo é mitigado pela exigência de idade menor do trabalhador rural do que do trabalhador urbano, para concessão de aposentadoria.

A seletividade na prestação dos benefícios e serviços limita e se contrapõe ao objetivo de universalidade de cobertura. A distributividade na prestação dos benefícios e serviços limita e se contrapõe ao objetivo de universalidade do atendimento. A consciência da finitude dos recursos exige que se objetive selecionar as prestações prioritárias e que as prestações sejam distribuídas, ofertadas ao maior número possível de pessoas.

Pelo objetivo da irredutibilidade do valor dos benefícios, visa-se impedir que os beneficiários tenham os valores de suas prestações da seguridade social reduzidos.

A equidade na forma de participação no custeio é o objetivo de que as contribuições para o sistema ocorram na justa medida da capacidade e das

condições do contribuinte. Visa-se proporcionalidade entre o valor da contribuição e a capacidade contributiva e as condições de demanda.

Pelo objetivo da diversidade da base de financiamento, busca-se diversas fontes de financiamento para a seguridade social. Proporciona maior estabilidade, sustentabilidade e justiça no financiamento da seguridade social.

O caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados constitui objetivo pelo qual se pretende assegurar participação dos trabalhadores, empregadores e aposentados nos órgãos colegiados em que seus interesses sejam objeto de deliberação.

O constituinte optou por dedicar uma seção exclusiva para a “Saúde”, no Capítulo que trata da “Seguridade Social”, apartado dos artigos 6º e 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 cuja atenção recaiu mais sobre os direitos sociais essencialmente voltados à pessoa do trabalhador.

Objetivando prover o direito à saúde, de maneira universal, igualitária e gratuita, foi instituído o Sistema Único de Saúde/SUS e estabelecidos os princípios e diretrizes de tal sistema, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O Sistema Único de Saúde é constituído de uma rede de ações e serviços públicos de saúde integrada, regionalizada e hierarquizada⁵⁰. Ele é organizado de acordo com as seguintes diretrizes, expressas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

a) Descentralização, com direção única em cada esfera de governo: todos os entes possuem poder de decisão e gestão das políticas de saúde, cada um no âmbito de seu território, com definição de atribuições e responsabilidades, e transferências de recursos entre os entes.

b) Atendimento Integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais: a integralidade significa que as ações e serviços de saúde devem buscar a realização da saúde da população com plenitude. Devem contemplar a amplitude e volatilidade da saúde e da qualidade de vida, e as diversas possibilidades de danos e riscos. Por meio de informação, prevenção, promoção,

⁵⁰ Noções acerca de tais conceitos serão abordadas mais adiante.

recuperação e manutenção. Para tal, deve-se utilizar as variadas alternativas de ação, intervenção, objetos, substâncias, produtos e inovações⁵¹;

A integralidade não possui dimensão única. Ela pode ser vertical, no que se refere aos setores e níveis; ou vertical, quando se refere ao ser humano, considerado como uno e indivisível (MENDES, 2001); e

c) Participação da Comunidade: A implementação do direito à saúde é dever do Estado. Mas a sociedade civil deve participar, democraticamente, das deliberações acerca das políticas públicas de saúde e também da execução de ações e serviços de saúde. Trata-se de noção de democracia participativa e soberania popular.

Em rol expresso, não exaustivo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 exemplifica as atribuições do Sistema Único de Saúde. Dentre elas: controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse da saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Conforme determinado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e definido por lei, para manutenção do Sistema Único de Saúde, em

⁵¹ A Portaria MS nº 687/2006, do Ministério da Saúde, que institui a Política Nacional de Promoção da Saúde, define ações a serem efetivadas pelo governo, nas três esferas, visando melhoria da qualidade de vida da população: divulgação e implementação da Política Nacional de Promoção da Saúde; alimentação saudável; prática corporal/atividade física; prevenção e controle do tabagismo; redução da morbimortalidade em decorrência do uso abusivo de álcool e outras drogas; redução da morbimortalidade por acidentes de trânsito; prevenção da violência e estímulo à cultura de paz; e promoção do desenvolvimento sustentável. A Portaria MS nº 687/2006 pode ser encontrada no sítio eletrônico: <http://portalsaude.saude.gov.br/>

decorrência da diretriz da descentralização, a União transfere recursos aos Estados e ao Distrito Federal; e os Estados aos Municípios.

Embora zelar pela assistência à saúde seja competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, a efetiva e direta prestação de atendimento à saúde da população compete, preferencialmente, aos entes municipais. Cabem a estes a organização e a prestação dos serviços públicos de interesse local, mediante cooperação técnica e financeira da União e dos Estados.

Nos termos da legislação em vigor, que regulamenta o Sistema Único de Saúde, é possível perceber diretriz normativa em prol da descentralização da gestão para os municípios, entidades estas vocacionadas para a prestação e gerenciamento dos serviços de saúde, tendo em vista a proximidade dessas esferas administrativas com a população usuária local.

A sistematização contempla a repartição das funções relacionadas à saúde pública, na forma regionalizada e hierarquizada. A União e os Estados devem promover a descentralização dos serviços e ações de saúde aos Municípios. Estes é que executarão tais serviços, prestando as ações e serviços de saúde diretamente aos usuários. Os Municípios recebem recursos federais e estaduais para cofinanciamento da assistência à saúde das pessoas residentes em seu território.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 define e obriga percentual da arrecadação como mínimo que cada ente das três esferas deve gastar com saúde. Os recursos da saúde possuem disciplinamento próprio. As normas de fiscalização, avaliação e controle dos gastos com ações e serviços públicos de saúde são peculiares.

Como já foi abordado, a Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012 regulamentou o mandamento constitucional de aplicação anual de valores mínimos em ações e serviços públicos de saúde, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios; e estabeleceu 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. Por expressa disposição do art. 2º dessa lei, para fim de apuração da aplicação dos recursos mínimos que cada ente deve investir em saúde, apenas são consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que:

- sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito;
- estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; e
- sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população.

Cumulativamente às condições supra, para serem consideradas despesas com ações e serviços de saúde que possam computar no valor mínimo que cada ente deve investir anualmente em saúde, tais despesas devem atender aos princípios do Sistema Único de Saúde. São eles:

- universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema⁵²;
- preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- utilização da epidemiologia, para estabelecimento de prioridades, alocação de recursos e orientação programática;
- participação da comunidade;

⁵² O princípio da integralidade impõe desafios ao gestor. Ademais, tem amparado decisões judiciais que obrigam custeio de tratamentos experimentais, sem comprovação de eficácia, e também fora do país. Maiores detalhes em: BALESTRA, Otávio Neto. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade, Revista Direito Sanitário, São Paulo, v.16 n.1, p. 87-111, mar./jun. 2015.

- descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo. Com ênfase na descentralização dos serviços para os municípios. Através de regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

- integração em nível executivo, das ações de saúde, do meio ambiente e do saneamento básico;

- conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

- capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

- organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

A execução dos serviços e ações de saúde pode ser feita diretamente pelo Poder Público ou através de terceiro, pessoa física ou jurídica de direito privado, de forma complementar, através de contrato ou convênio. É em obediência a esses princípios supra que as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde devem se desenvolver. Tal desenvolvimento também deve ser de acordo com as diretrizes da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade. Em outras palavras, não somente os serviços puramente públicos, mas também os serviços privados de saúde que complementam o SUS devem obedecer aos princípios que estruturam o sistema.

Para viabilizar controle e fiscalização do cumprimento da obrigação de gasto mínimo no setor da saúde, as despesas com ações e serviços públicos de saúde, realizadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, deverão ser financiadas com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde.

O valor social da livre iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil. Em observância a esse valor, as ações e serviços de saúde foram permitidas à iniciativa privada.

O agente privado pode atuar na saúde privada mediante contrato particular (livre, porém sob normatização, controle e fiscalização públicos), entre o usuário e o prestador, em que, normalmente, há contraprestação direta; ou através de participação no sistema público de saúde, em que o Estado contrata ou convenia a entidade privada, para que esta preste ações e serviços de saúde ao usuário, sob as

diretrizes do SUS. Neste último caso, o Estado entrega recursos financeiros à entidade privada, para que esta preste serviço e/ou ação de saúde ao administrado usuário.

Tais ajustes a serem celebrados entre o Estado e a iniciativa privada, em forma de contrato de direito público ou convênio⁵³, terão como objeto, mediato ou imediato, ações e serviços pelo SUS. A via do convênio somente é possível em caso que os interesses do Estado e os da entidade sejam mútuos, coincidentes e recíprocos. Vale dizer que, em tal caso a entidade privada, assim como a Administração Pública, deve ter interesse de prover saúde à população, de forma que a realização do objeto do convênio conduza à realização de sua própria finalidade. As instituições privadas com fins lucrativos não podem receber recursos públicos para auxílios ou subvenções.

Quando o particular atua na saúde pública, ele o faz em caráter complementar, na medida da necessidade provocada pela insuficiência do Poder Público para prestar a saúde de forma direta, com meios próprios. As entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos têm preferência para firmar contrato de direito público ou convênio para poderem prestar serviços complementares ao Sistema Único de Saúde.

A Constituição Federativa do Brasil, com suas influências neoliberais, adotou o valor da livre iniciativa como fundamento do Estado. Então, admitiu à iniciativa privada a atuação na saúde. Mas, especificamente quanto à saúde pública, criou um sistema público único, o qual idealizou que fosse mais estatal quanto possível. Contudo, conforme se verá adiante, a realidade fática destoa de tal ideal.

⁵³ O artigo 1º da Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional define convênio como instrumento, qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

5 A GOVERNANÇA DA SAÚDE PÚBLICA E A PROBLEMÁTICA ACERCA DO CARÁTER COMPLEMENTAR DA PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NO SUS

Conforme já debatido nesta pesquisa, seguindo a diretriz fornecida por PAIM (2011), o contexto em que o sistema público de saúde de caráter universal foi implantado no Brasil já não era favorável ao financiamento público dos sistemas de saúde. Ainda, a saúde pública dependia, já era refém, da contratação do predominante aparato privado.

“A implantação de um sistema de saúde universal no Brasil teve início em um contexto político e econômico desfavorável, que promovia a ideologia neoliberal, perspectiva essa reforçada por organizações internacionais contrárias ao financiamento público de sistemas de saúde nacionais e universais ou que defendiam etapas intermediárias para atingi-los.” (PAIM, 2011)

Na implementação da promoção do direito à saúde universal, igualitário e gratuito, tem sido percebido volume crescente da parceria entre o Estado e a sociedade civil. Ganha força o propósito de que a Administração Pública seja mais flexível e consensual.

Nos diversos setores de atuação da Administração Pública, tem havido ampliação das relações com a sociedade civil, flexibilização, consensualidade e privatização⁵⁴. Como manifestação do propósito de construção do Estado Democrático de Direito, o Estado e o Direito Administrativo têm evoluído no sentido da maior coparticipação entre o público e o privado. Até a gestão da coisa pública tem se assemelhado cada vez mais à maneira como é gerida a coisa privada.

As parcerias com instituições privadas para prestação da saúde pública têm se expandido pelo mundo. Na Alemanha, a quantidade de hospitais sob controle privado aumentaram de 15% para 32%, entre 1991 e 2009. No Canadá, houve grande aumento do número de parcerias público-privadas para investimentos em hospitais, para modernização de infraestrutura, tendo como exemplo o investimento

⁵⁴ Sem adentrar no mérito da legitimidade ou do interesse público, verifica-se que terceirização de serviços públicos, parcerias público-privadas, contratos, convênios, audiências públicas, arbitragem, conciliação e mediação estão cada vez mais frequentemente incorporados à rotina Administrativa.

de US\$ 1,3 bilhões no McGill University Health Center, em 2010, considerado o maior investimento hospitalar sob regime de parceria público-privada da América⁵⁵.

No Brasil, nos anos que sucederam a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi verificada forte e crescente tendência à desestatização dos serviços públicos. A preleção dos neoliberalistas é pelo reconhecimento da insuficiência do Estado. A partir disso, defendem o intervencionismo mínimo do Estado e a conveniência/necessidade de parcerias entre a Administração Pública e particulares.

Em 1995, houve a reforma administrativa gerencial, em que se percebe claramente o propósito de descentralização, terceirização e privatização. A sociedade civil passou a ter maior participação na Administração Pública⁵⁶.

A reforma administrativa apontou para nova forma de administrar mais flexível e consensual, com mais participação dos setores da sociedade civil privados e intermediários, tais como o terceiro setor, considerado público, porém não estatal. Essa participação ocorreria tanto na prestação de serviços públicos, quanto na deliberação, escolha, fiscalização e controle das políticas e gestão públicas. Também visa promoção da ética e transparência na Administração Pública, tornando-a mais sintonizada com o Estado Democrático de Direito.

A ideia de governança é tida como poderoso instrumento de estabilização das instituições sociais e políticas. Também contribui para o fortalecimento da participação da sociedade civil no âmbito estatal. Trata-se de um instituto de origem

⁵⁵ Tais dados podem ser encontrados no endereço eletrônico: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjLu9y02ejTAhVJhJAKHS7pAHoQFggiMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unimed.coop.br%2Fpct%2FServlet%2FServletDownload%3Fid%3DMjE0NzUyNzUzMw%3D%3D&usg=AFQjCNEhZH50UJkZzils1jnJvuplLuusjw>.

⁵⁶ “A administração pública gerencial emergiu, na segunda metade deste século, como resposta à crise do Estado; como modo de enfrentar a crise fiscal; como estratégia para reduzir o custo e tornar mais eficiente a administração dos imensos serviços que cabiam ao Estado; e como um instrumento para proteger o patrimônio público contra os interesses do *rent-seeking* ou da corrupção aberta. Mais especificamente, desde a década dos 60 ou, pelo menos, desde o início da década dos 70, crescia uma insatisfação, amplamente disseminada, em relação à administração pública burocrática. Algumas características básicas definem a administração pública gerencial. É orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de um grau limitado de confiança; como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; o instrumento mediante o qual se faz o controle sobre os gestores públicos é o contrato de gestão.” (COSTA, Robson Antonio Tavares; SOUZA, Marli Vieira Pontes. A Percepção Holística da Administração Gerencial no Serviço Público. Revista de Administração Geral, Macapá, v.1, n.2, p.138-153. 2015).

européia, aplicado ao Brasil pós-reforma administrativa e pode ser entendida como conjunto de regras, práticas e processos que visam melhorar a qualidade das ações do Poder Público, privilegiando e aprimorando responsabilidade, coerência, eficácia, eficiência e transparência da sua gestão⁵⁷. A adoção dos respectivos conceitos parece ter contribuído para a maneira como a Administração Pública vem evoluindo quanto à organização e à gestão (KISLERI; HEIDEMANN, 2006).

A forma nova de governar, inspirada na governança pública, prioriza a participação privada na Administração Pública, valendo-se cada vez mais de diálogo, negociação, coordenação, colaboração e descentralização. Amplia a cooperação da sociedade com o Estado e deste com a sociedade, vice-versa.

A nova Administração Pública vem progredindo e inovando rumo à consensualidade e mediação. Tenta conciliar interesses públicos, privados e intermediários encontrados na sociedade civil. É tempo de permeabilidade da Administração Pública e estímulo a parcerias. Difícil desafio é não deixar que a lisura, a imparcialidade e a impessoalidade sejam prejudicadas.

Nesse contexto é que também foi importado o conceito de “*accountability*”⁵⁸. Traz a noção de transparência e controle da Administração Pública. Reforça a obrigação do agente de prestar contas e a importância dos órgãos e meios de controle. O parlamento e a sociedade civil têm fundamental papel de controle da Administração Pública.

A importação e adoção do termo “*accountability*”, do seu significado, faz denotar preocupação de trazer conceitos e ideias que auxiliem em acréscimo de eficiência na asseguarção do direito à saúde, que propiciem disponibilidade e garantia de acesso aos meios e serviços, com qualidade e confiabilidade.

Tal conjuntura também favorece a terceirização dos serviços públicos de saúde. E é verdade que a terceirização pode ser considerada vantajosa, mormente

⁵⁷ O conceito original de “Governança” consta do “Livro Branco da Governança”, da Comissão Europeia, editado em 2001.

⁵⁸ O termo “*accountability*” foi traduzido por traduzido por Anna Maria Campos em 1990 (CAMPOS, A.C. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?* In: Revista de Administração Pública, v. 24, n. 2, p. 30-50, fev/abr 1990). Refere-se ao *cumplimiento de una obligación Del funcionario público de rendir cuentas, sea a um organismo de control, al parlamento o a la sociedad misma*, CLAD (Centro Latino Americano de Administração Pública para o Desenvolvimento). La responsabilización em la nueva gestión pública latinoamericana. Caracas: CLAD; Buenos Aires: Eudeba, 2000.(CLAD, 2000, p. 329).

quando proporcionar captação de recursos privados viabilizadores dos empreendimentos; redução de custos; maior dinâmica frente às adversidades; maior eficiência; flexibilidade na gestão dos recursos; ou maior aproveitamento das novidades tecnológicas.

Mas foi sabendo dos efeitos danosos ao interesse público que as parcerias com as entidades privadas para prestação dos serviços públicos de saúde que o constituinte determinou que o SUS fosse mais estatal quanto possível. As relações com a iniciativa privada trazem riscos de danos ao erário e à moralidade.

A realização de contratos ou convênios podem ser imoralmente negociadas por favores econômicos e/ou políticos. Ademais, o Estado tende a assumir os riscos e prejuízos. O parceiro privado visa lucrar o máximo, muitas vezes em detrimento do interesse público.

Os objetivos, as metas e os seus respectivos indicadores de aferição devem ser bem definidos em instrumento. Mas riscos são de difícil previsão e determinação prévia nos instrumentos contrato ou convênio. A falta de estrutura estatal para análise de viabilidade e riscos, aferimento da qualidade, eficiência e conformidade, controle, avaliação, fiscalização e eventuais ressarcimentos também representa entrave.

Ressalta-se a necessidade de qualificação e independência dos servidores públicos envolvidos nos processos de contratação. Isso também foi observado por Vanda Cristina Charrua Correia, em sua dissertação de mestrado em contabilidade e finanças:

Por último, a importância da definição a priori de quem vai efetuar a monitorização e controlo da PPP, na expectativa que a gestão do contrato seja a mais profissionalizada possível. Ou seja, deve evitar-se, que quem faz a gestão técnica, acumule as funções de gestão do contrato. É o nosso entender, que a avaliação do desempenho é fundamental para o sucesso das PPP, devendo estabelecer a comparação de performance com outras entidades do mesmo setor. Importante lembrar que a gestão pode ser delegada mas a responsabilidade não. O parceiro público não pode, de forma alguma, demitir-se da regulação ex post das PPP.
[...]

A análise aos procedimentos que envolvem este modelo remete para outro fracasso das PPP portuguesas, relacionado com o grau de qualificação e experiência dos funcionários públicos envolvidos nestes processos (Tribunal de Contas, 2008). [...]. O inquérito parlamentar realizado às PPP Rodoviárias e Ferroviárias identifica a existência de ligações entre os consultores contratados e os responsáveis públicos e ainda, com as empresas envolvidas nos processos, resultando numa captura de interesses privados das comissões responsáveis pela análise das propostas e dos processos de negociação das PPP com um impacto tremendo sobre os custos de todos os investimentos públicos. (CORREIA, 2014, p. 51)

Pois bem. Os conflitos e as tensões existentes na sociedade refletem no conteúdo das normas constitucionais. A constituição democrática de uma sociedade pluralista não consegue, facilmente, exercer função unificante. No que tange ao caráter complementar da participação privada no SUS, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não conseguiu integração entre as ideias estatistas e privatistas. O direito se desenvolve na dinâmica dos conflitos entre os fatores reais de poder e interesses. A expectativa de um SUS mais puramente público ponderou na Assembléia Constituinte, quando da edição do texto do § 1º do artigo 199. Mas sucumbiu na manifestação da realidade fática.

Quando da redação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevaleceu o ideal de estatização. Isso é demonstrado claramente, pela utilização do termo “complementar”⁵⁹.

A Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990, que regulamentou o dispositivo constitucional supra, dispendo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, permite que o SUS recorra aos serviços ofertados pela iniciativa privada somente quando suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população⁶⁰.

A Portaria do Ministério da Saúde/MS nº 1034, de 5 de maio de 2010, exige que seja comprovada a necessidade de complementação e haja impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde, para que o gestor estadual ou municipal

⁵⁹ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...]

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (BRASIL, 1998).

⁶⁰ Art. 24- Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público. (BRASIL, 1990).

possa recorrer à iniciativa privada para complementar os serviços de assistência à saúde⁶¹.

Entretanto, malgrado a complementaridade, constata-se a participação cada vez mais crescente da iniciativa privada no SUS, a ponto de se falar, sem exageros, em privatização da saúde pública. Tal fato, além de notório, também é comprovado pelas pesquisas já citadas e referenciadas neste trabalho⁶².

Para se debater os motivos dessa preferência – e se ela possui amparo normativo - é preciso identificar os fundamentos dos conceitos constitucionais empregados para estruturar o direito social à saúde. Nesse sentido, o significado, sentido e alcance das expressões normativas são determinadas pelos contextos sociais e políticos.

O Estado democrático, por instrumentalizar a soberania popular, é apto a realizar justiça social. Aptidão esta que fez a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dar ao Brasil a forma de Estado garantista, provedor dos direitos sociais jus-fundamentais.

Em contrapartida, obviamente, o agente privado, por visar o lucro, sem real compromisso com o interesse público, desprovido de valores como o da máxima tutela e o da prevenção, embora possa auxiliar a prestação da saúde, não pode assumir a gestão e nem preponderar na prestação da saúde ao público.

Daí, a vontade do legislador constituinte foi que as ações e os serviços públicos de saúde fossem executados diretamente pelo Estado, através de sua rede

⁶¹ Art. 2º Quando as disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o gestor estadual ou municipal poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde, desde que:

I - comprovada a necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde e,

II - haja a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde.

§ 1º A complementação dos serviços deverá observar aos princípios e as diretrizes do SUS, em especial, a regionalização, a pactuação, a programação, os parâmetros de cobertura assistencial e a universalidade do acesso. (BRASIL, 2010).

⁶² O índice quantitativo de participação do setor privado no SUS é variável, de acordo com a complexidade e a natureza das ações e serviços.

“A participação efetiva do setor privado no SUS hoje é mais pronunciada na atenção hospitalar e na oferta de serviços especializados de maior densidade tecnológica e custo, e representa uma proporção importante dos gastos do sistema. Essa dependência do SUS em relação aos serviços privados reflete a insuficiência de investimentos na rede pública e a baixa produtividade da maioria dos serviços sob gerência pública. A oferta de serviços pelo setor privado está orientada pela lucratividade dos atos e condicionada pelos diferenciais de remuneração da tabela do SUS que tem favorecido os procedimentos especializados que utilizam maior aporte tecnológico.” (VASCONCELOS; PACHE, 2006, p. 548)

própria de entidades, pertencentes aos entes federados. O agente privado deveria participar do sistema público de saúde limitadamente à complementaridade, na medida da necessidade gerada pela insuficiência do Estado.

Todavia, como em matéria de Direito é rara uma norma imune à divergência interpretativa, a norma do §1º do artigo 199 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também encontra quem discrepe acerca do significado da complementaridade nele trazida. Há quem considera que o referido termo “complementar” não deve servir para impedir que o Estado transfira à instituição privada atividades e serviços, inclusive gestão de unidades de saúde. O referido vocábulo não criaria limite quantitativo para que o Estado delegue à instituição privada a atenção à saúde pública. O administrador público pode optar livremente pela opção lhe parecer melhor para a garantia do direito à saúde. Se a prestação na modalidade pública, ou se a prestação na modalidade privada.

Assim é o entendimento de Fernando Borges Mânica (2009). Para ele, a cláusula da complementaridade é despida de conteúdo suficiente a trazer qualquer limitação à participação privada na saúde pública. Para o autor, a prestação de serviços públicos de saúde é expressamente prevista pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que não traz qualquer delimitação quantitativa ou qualitativa da abrangência de tal participação. Compete ao administrador público responsável pela prestação do serviço, com apoio em lei do respectivo ente federativo, a opção pela melhor modalidade de prestação – pública ou privada. Mânica afirma que:

entende-se plenamente possível sustentar que da forma complementar de participação privada nos serviços públicos de saúde, prevista no parágrafo primeiro do texto constitucional, não é possível extrair qualquer limitação à esfera de atuação estatal direta e à esfera passível de atuação privada contratada ou conveniada. Trata a previsão apenas da possibilidade de prestação tanto de uma forma (direta) quanto de outra (indireta) (MÂNICA, 2009, p. 171).

Fernando Borges Mânica defende, inclusive, a possibilidade de gerência de unidade prestadora de serviço de saúde pública ser exercida por particular. Nos seguintes termos:

Essa ordem de ideias leva ao reconhecimento de que se trata da possibilidade de prestação de serviços públicos de saúde por particulares, a ser instrumentalizada por meio de ajustes celebrados com a iniciativa privada, os quais podem ter como objeto:

(i) um serviço ou um grupo de serviços internos relacionados à atividade-fim de uma entidade ou órgão público prestador de serviços de saúde;

- (ii) a prestação de serviços por uma unidade privada dotada de infraestrutura apta ao desenvolvimento das atividades ajustadas; ou
- (iii) toda a gestão de uma unidade pública de saúde – incluindo, obviamente, atividades-fim, atividades-meio e atividades acessórias. (MÂNICA, 2009, p. 175).

A Norma Operacional Básica – NOB 1/96 do SUS, aprovada pela Portaria nº 2.203, de 5 de novembro de 1996, também a admite, no item 4, quando diz que independentemente da gerência dos estabelecimentos prestadores de serviços ser estatal ou privada, a gestão de todo o sistema municipal é, necessariamente, da competência do poder público. Ressalva que a gestão, entendida como a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria, é de atribuição dos gestores do SUS, os Secretários Municipais e Estaduais de Saúde e o Ministro da Saúde, que representam, respectivamente, os governos municipais, estaduais e federal. Vejamos:

Isso significa dizer que, independentemente da gerência dos estabelecimentos prestadores de serviços ser estatal ou privada, a gestão de todo o sistema municipal é, necessariamente, da competência do poder público e exclusiva desta esfera de governo, respeitadas as atribuições do respectivo Conselho e de outras diferentes instâncias de poder. Assim, nesta NOB gerência é conceituada como sendo a administração de uma unidade ou órgão de saúde (ambatório, hospital, instituto, fundação etc.), que se caracteriza como prestador de serviços ao Sistema. Por sua vez, gestão é a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria. São, portanto, gestores do SUS os Secretários Municipais e Estaduais de Saúde e o Ministro da Saúde, que representam, respectivamente, os governos municipais, estaduais e federal. (BRASIL, 1996).

MÂNICA (2009) acredita que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não teria pretendido privilegiar a forma pública de prestação de serviços de saúde. Que a interpretação das normas constitucionais que tratam do Sistema Único de Saúde deveria se basear na efetivação dos direitos fundamentais, pouco importando a desnaturação do preceito da complementaridade. Utilizou decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo para reforçar seu posicionamento de que o termo “complementar” é despido de utilidade. Da fundamentação do julgado consta não ser possível interpretação da Constituição que atribua deveres ao Estado e impeça ele de buscar auxílio de entidades privadas, para cumprimento de tais deveres.

Todavia, ao contrário do que defende Mânica (2009), o julgado serve para reforçar a interpretação segundo a qual a atuação particular no SUS deve ser apenas complementar, a depender, portanto, da impossibilidade de execução direta do serviço. Segue o trecho da fundamentação do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Sempre com a devida vênia, não mais se mostra possível a interpretação de norma constitucional que atribua ao Estado todos os deveres, impedindo-o de contar com auxílio, remunerado ou não, de entidades privadas para a consecução do bem comum. No caso concreto, ao munícipe doente não interessa saber se o médico que o atende é servidor público ou não. O que lhe interessa é que haja médico para atendê-lo e medicamento para curar sua doença ou ao menos minorar seu sofrimento. Por isso não vislumbro clara e manifesta violação, ao menos no âmbito restrito deste recurso de agravo, ao artigo 199 da Constituição Federal que tornaria viável a suspensão da parceira. E, em tese, se mostra possível que alguns programas de saúde, voltados para temas mais sensíveis sejam transferidos a terceiros que tenham a capacidade tecnológica e gerencial de melhor atender à população pelo custo mais barato que o Estado poderia fazer. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2007)

Com o devido respeito, tal entendimento não merece acolhimento. A inclusão do termo “complementar” no dispositivo constitucional teve a clara intenção de limitar o âmbito de participação do particular no SUS. Isso é confirmado pelas normas infraconstitucionais, especialmente pelo artigo 24 da Lei nº 8080/90⁶³.

A previsão constitucional de que a participação privada no Sistema Único de Saúde seria complementar leva à conclusão lógica que a vontade do legislador constituinte foi que as ações e os serviços públicos de saúde fossem executados diretamente pelo Estado, através de sua rede própria de entidades, pertencentes aos entes federados. Apenas após esgotada a capacidade de prestação direta de serviço de saúde pelo Estado e persistindo necessidade é que poderia ser celebrado contrato ou convênio com entidade particular, para suprimento da deficiência.

Os legisladores, a partir dos constituintes, optaram pela estatização máxima da saúde pública. Mas reconheceram a possível e ocasional impotência do Estado. Por isso, admitiram a exceção da participação privada. Portanto, ela deveria ser complementar, ocorrer somente na medida da insuficiência do Estado e apenas enquanto verificada, em cada caso, tal impotência.

⁶³ Art. 24- Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.
Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público. (BRASIL, 1990).

Em trabalho de resgate à história dos debates travados na Assembleia Nacional Constituinte, FALLEIROS e LALÊ confirmam que foi partindo da constatação da limitação das instituições públicas que se decidiu pelo modelo que permitiu a contratação do prestador privado para complementar a cobertura da atenção à saúde pública.

“Ou seja, um modelo que, partindo da constatação dos limites das instituições públicas em atender determinadas demandas da população, complementar a cobertura da atenção à saúde por meio da contratação do prestador privado, com prioridade para as entidades filantrópicas e as que não tivessem fins lucrativos”. (FALLEIROS; LALÊ, 2010).

Marlon Alberto Weichert, esclarece bem a relação entre a complementaridade e a necessidade provocada pela insuficiência do Estado, ao explicar que:

Reconhecendo que a estrutura pública não seria suficiente para dar plena assistência a toda a população (especialmente pela herança de contratação de serviços privados no modelo do então INAMPS), a Constituição Federal permitiu a participação de entidades particulares no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Essa participação deve se dar de forma complementar à rede pública, ou seja, somente pode haver contratação de serviços privados quando forem insuficientes as estruturas do Poder Público. A simples menção a uma participação complementar permite concluir que a Constituição concedeu primazia à execução do serviço público de saúde por uma rede própria dos entes federativos. Atendimento público através de serviços privados deve consistir exceção, tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo Poder Público.” (WEICHERT, 2004, p. 199).

Os dizeres de Floriano de Azevedo Marques também são esclarecedores:

Tanto a Constituição quanto a lei estabelecem de que forma tal participação se dará. Ela se relaciona à ideia de insuficiência da rede pública de saúde, ou seja, à ideia de subsidiariedade da rede privada em relação à rede pública, servindo para suprir deficiências ou insuficiência da última. Assim é que o artigo 199, § 1.º, da Constituição estabelece expressamente que a participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde se dará "de forma complementar. (MARQUES NETO, 2003, p.112).

Pensamentos pessimistas ou excessivamente exigentes no que diz respeito à efetiva implementação do direito à saúde podem levar ao entendimento de que o Estado nunca será suficiente para garantir a saúde da população sem a colaboração do particular. Mas é provável que os que assim entendem, pelas mesmas razões de pessimismo ou rigor, concluirão não apenas pela incapacidade do Estado. Mas, pior, pela impossibilidade de se alcançar a efetiva e integral saúde da população, de qualquer modo, seja pela prestação de serviços puramente públicos ou através de entidades privadas.

A permanente sensação de insatisfação, causada e somada ao problema da amplitude e fluidez do conceito de direito à saúde, pode ser confundida com a

insuficiência do Estado e causar dificuldade na análise das hipóteses ensejadoras da necessidade da participação complementar privada.

Na elaboração do § 1º do artigo 199 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, parece ter prevalecido a ideia defensora da maior estatização possível. É inequívoco que a análise do dispositivo constitucional revela manifesta vontade de que o serviço público de saúde pública seja prestado preferencialmente de maneira direta pelo Estado.

Aliás, nas redações esboçadas para a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, constantes dos projetos apresentados na Assembleia Constituinte, no lugar do termo “complementar” que finalmente permaneceu, chegaram a utilizar as expressões: “participação de forma supletiva” e “colaboração”, de significado similar à expressão finalmente adotada⁶⁴. Além da semelhança de sentido das expressões, a insistência e constância de termos limitativos da abrangência da participação particular no SUS reforçam a certeza de que o termo “complementar” não foi colocado em vão, por deszele ou amadorismo. É opção ponderada e manifestada pelo constituinte.

A ideia de José Alfredo Baracho (1997) acerca do sentido de subsidiariedade pode auxiliar ainda mais a compreensão da complementaridade. Ele diz que a subsidiariedade transmite a ideia de algo que é secundário, algo que é supletivo. Algo a ser compreendido como complementar, suplementar. O sentido semântico da expressão complementar é de secundariedade, subsidiariedade.

O Estado garante o direito público à saúde, universal gratuito e igualitário, através de ações e serviços. Para tal, poderá firmar parcerias e contratos com particulares, se e enquanto incapaz de prestá-los diretamente.

É certo que o Estado deve concretizar o direito à saúde com eficiência. A insuficiência de meios para isso não pode servir de obstáculo, pois o gestor poderá se valer de contrato ou convênio com entidade privada, enquanto a insuficiência se verificar. Em verdade, sinteticamente, esse parece ser o conteúdo jurídico da complementaridade da saúde pública.

⁶⁴ A dissertação de Mestrado de Rogério Messias Alves de Abreu colaciona as diversas propostas, projetos, anteprojetos, e emendas aos textos que foram apresentados nos momentos pré-constituinte e constituinte de 1987/1988. (ABREU, Rogério Messias Alves. Reforma sanitária: processo de constitucionalização do Sistema Único de Saúde. 2009. 143p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.).

Portanto, a condição que autoriza a participação das entidades privadas no SUS é a insuficiência de condição do Estado para prestar os serviços de saúde diretamente, através de seus órgãos e instituições. Leitura que parece óbvia e inequívoca acerca da complementaridade é a de que a participação de entidades de natureza pública, pertencentes aos órgãos da Administração dos entes, no SUS, é preferencial à participação privada.

Análises contextuais, que considerem aspectos jurídicos, sociais, políticos, técnicos, financeiros e econômicos, devem revelar quais critérios tem sido considerados pelo Administrador Público, para ter priorizado a participação privada, em detrimento da intenção constitucional de estatização. A contratualização de entidade privada pode viabilizar o que não seria possível com a atuação unicamente direta do Estado. Pode ser meio de utilização de recursos que o Estado não teria por si só. Viabilizaria empreendimentos que o Estado não é suficiente para realizá-los sozinho. Razões de ganhos em eficiência também podem ser apontadas para que o Estado contrate entidades privadas para prestação do serviço público de saúde. Acredita-se que há casos que a iniciativa privada tem mais condições de obter eficiência e que, por isso, em tais casos, a participação privada seria conveniente à Administração Pública.

É verdade que o que se espera é que as opções de ação sejam sempre no sentido da satisfação do administrado. Afinal, o que mais interessa é melhor fruição do direito à saúde pela população. Porém, num Estado Democrático de Direito, nem mesmo invocação de nobres ou relevantes razões pode justificar afronta à Constituição. Ademais, a razão da inefetividade do direito à saúde pode estar mais associada à malversação e infelicidade na definição de prioridades.

O debate acerca da cláusula de complementariedade possui relevância direta quanto se analisa opções reais de governança. Exemplo disto é a inadmissível terceirização de funções de gestão, de regulação e/ou de exercício de poder de polícia.

A opinião de Maria Sylvia Di Pietro é que a cláusula de complementariedade, mais do que impedir que o Estado transfira parte significativa de ações ou serviços de saúde ao particular, também proíbe a delegação da atividade fim e que a direção de unidade que preste serviço público de saúde tenha sua gestão atribuída a

particular. A gestão de unidade pública de saúde deve ser exercida somente e diretamente pela Administração Pública⁶⁵. Para ela:

A Lei nº 8.080, de 19.9.90, que disciplina o Sistema Único de Saúde, prevê, nos arts. 24 a 26, a participação complementar, só admitindo-a quando as disponibilidades do SUS 'forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área', hipótese em que a participação complementar deverá 'ser formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público' (entenda-se, especialmente, a Lei nº 8.666, pertinente a licitações e contratos). Isto não significa que o Poder Público vai abrir mão da prestação do serviço que lhe incumbe para transferi-la a terceiros; ou que estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde; significa que a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai complementar as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou convênio." (DI PIETRO, 2002. p. 186).

Ela não aceita ser possível que o Estado transfira, a qualquer título, a gestão de unidade que preste serviço de saúde pelo SUS. A rigor, configuraria a inadmissível transferência à iniciativa privada de atividade fim do Estado.

A Constituição, no dispositivo citado (§1.o do art. 199), permite a participação de instituições privadas 'de forma complementar', o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assuma a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas etc. (DI PIETRO, 2005. p. 243).

O Tribunal de Contas da União corrobora reiteradamente. Como exemplos, as seguintes decisões:

Após análise das razões de justificativas apresentadas, a unidade técnica manteve o entendimento de que a realização da licitação por meio da modalidade pregão não guarda conformidade com os ditames legais, haja vista que o objeto contratado não se caracteriza como bem ou serviço comum, mas sim atividade-fim daquela Secretaria de Saúde a qual deveria ser realizada por meio de profissionais legalmente contratados através de concurso público, pelos seguintes motivos:

6.1. A terceirização complementar dos serviços de saúde somente pode ser delegada a instituições privadas por meio de contrato de direito público ou convênio, conforme art. 199, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, através do credenciamento de instituições e profissionais, como forma de ampliar a capacidade de atendimento ao Poder Público, o que não está configurado no caso em análise.

⁶⁵ No mesmo sentido, pela exclusividade do Estado nas atividades fins, encontramos autores como Floriano de Azevedo Marques Neto, (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 3, n.9, p.129, jan./mar. 2003).

[...] Quanto ao mérito, entendendo ser irregular a terceirização de serviços que constituam atividade-fim da unidade contratante, conforme amplamente tem decidido este Tribunal de Contas da União, com o agravante de se tratar de área na qual o poder público exerce atividade essencial. Contudo, acolho a manifestação do Ministério Público, quanto à inadequação da aplicação da multa ao responsável pela prática do ato irregular, por configurar bis in idem, haja vista a existência de imputação de multa anteriormente pelo TCE/PB. Do contrário, pela prática do mesmo ato – terceirização de serviços de saúde – o responsável estaria sendo duplamente apenado, em desacordo com a jurisprudência desta Corte, tal como decidido nos Acórdãos nºs 1.062/2009 e 3.351/2008, ambos da Segunda Câmara.

[...]

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, tendo em vista a terceirização de atividade-fim da Secretaria de Saúde do Estado da Paraíba com a contratação de médicos especializados nas áreas de pediatria, anestesiologia e cirurgia, para atuar no Complexo de Pediatria Arlinda Marques, por meio do Pregão Presencial nº 017/2004.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, com fundamento nos arts. 169, inciso IV, 235 e 237, inciso IV, do Regimento Interno do TCU e ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da representação para, no mérito, considerá-la procedente; (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2010).

Em outro julgado:

Sumário: REPRESENTAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR DE SERVIÇO DE ATENDIMENTO PRÉ-HOSPITALAR MÓVEL DE URGÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DAS JUSTIFICATIVAS. MULTA.

1. É irregular a terceirização de atendimento pré-hospitalar móvel de urgência efetuada sem observância dos requisitos dos arts. 197 e 199 da Constituição Federal e do art. 24 da Lei 8080/1990, sem procedimento licitatório, com empresa de mera intermediação de mão-de-obra, sem adequada caracterização de emergência ou calamidade pública, sem as formalidades exigidas para dispensa de licitação no art. 26 da Lei 8666/1993 e mediante sucessivas prorrogações do contrato, em desacordo com o alegado fundamento legal da contratação.

[...]

3.10 Verificaremos, agora, as condições legais para que o serviço de atendimento pré-hospitalar móvel de urgências seja fornecido de forma indireta pela Administração. Conforme o art. 196 da CF/1988 c/c o art. 2º da Lei nº 8080/1990 a saúde é um direito fundamental do ser humano e dever do Estado. De antemão o art. 198 da CF/1988 c/c o art. 4º da Lei nº 8080/1990 implanta o Sistema Único de Saúde (SUS) com participação de todos os entes federativos. Agora, o art. 197 da CF/1988 c/c o § 2º do art. 4º da Lei nº 8080/1990 prevêem a participação complementar da iniciativa privada no SUS. Adicionalmente, podemos verificar que o art. 24 da Lei nº 8080/1990 estipula que a Administração pode recorrer aos préstimos da iniciativa privada quando seus recursos forem insuficientes em determinada área. Sendo que esta Corte de Contas acolhe este pensamento, conforme Acórdãos TCU-Plenário nos 1405/2005 (Ministro-Relator Marcos Bemquerer Costa), 1266/2007 (Ministro-Relator Valmir Campelo) e 1546/2007 (Ministro-Relator Augusto Sherman Cavalcanti).

3.11 De acordo com o § 1º do art. 199 da CF/1988 c/c o parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8080/1990 a participação complementar das instituições privadas será realizado mediante contrato ou convênio '[...] tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.'. Desta forma, existente as referidas entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, fatalmente deverão ser consultadas sobre seu interesse de participar de

forma complementar no SUS, para prestar determinado serviço, dantes das instituições privadas com fins lucrativos.

3.12 Continuando a explorar o tema de terceirização de serviços na administração pública, e por se tratar de recursos do SUS que contém aporte de dotação orçamentária federal, exporemos a legislação que rege a matéria. O Decreto-Lei nº 200/1967, art. 10, § 7º, determina que as tarefas acessórias devam ser feitas de forma indireta pela administração, recorrendo para a sua execução dos serviços da iniciativa privada, como resta regulamentado no art. 1º, e respectivos parágrafos, do Decreto nº 2271/1997. Da mesma maneira, no Enunciado nº 331/2000, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) entendeu que são passíveis de terceirização, tanto para a iniciativa privada quanto para a Administração, os serviços especializados relacionados à atividade meio do contratante, desde '[...] que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta'. É pacífico este entendimento dentro desta Corte de Contas, conforme Acórdãos TCU-Plenário nos 76/2003 (Ministro-Relator Humberto Guimarães Souto), 17/2004 (Ministro-Relator Benjamin Zymler), 341/2004 (Ministro-Relator Walton Alencar), 593/05 (Ministro-Relator Augusto Sherman Cavalcanti), e 256/2005, 2085/2005, 1193/2006 e 1520/2006 (todos do Ministro-Relator Marcos Vilaça).

3.13 Conforme exposto acima, o serviço público de saúde é de prestação eminentemente pública e sua terceirização deve abranger apenas as atividades-meio, se inexistente a pessoalidade e a subordinação direta dos empregados da contratada. À iniciativa privada é permitido a participação complementar, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Sobre os serviços de atendimento pré-hospitalar móvel de urgências, deveremos verificar se se tratam de serviços especializados ligados à atividade meio do escopo do serviço público de saúde. Conforme a Portaria nº 814/GM de 1º/6/2001 do Ministério da Saúde (MS):

[...]

(BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2008).

Seguindo o diapasão, o sintético e claro entendimento manifestado pela Juíza da 3ª Vara do Trabalho de Ananindeua-PA, na sentença de conhecimento do Processo nº: 0001095-97.2010.5.08.0121:

No que concerne a alegação de que a hipótese não se enquadra na figura jurídica da terceirização, em razão da delegação de atividade fim, hipótese vedada pelo direito positivo vigente, melhor sorte não lhe assiste.

A possibilidade de participação de entidades privadas no Sistema Único de Saúde encontra-se prevista no art. 199, § 1º da CF88, afastando a ilegalidade. (BRASIL, TRT-8 00010959720105080121 0001095-97.2010.5.08.0121, Data de Publicação: 08/10/2010)

O Decreto nº 2271, de 7 de julho de 1997, trata da contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Nele está disposto que apenas podem ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. Exemplifica como atividades passíveis de terceirização: as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações. Não podem ser objeto de

execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal da Administração.

A Instrução Normativa 2/2008, do Ministério do Planejamento, ao regulamentar, no seu artigo 9º, acrescenta a vedação de contratação de atividades que: constituam a missão institucional do órgão ou entidade; que impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia; ou que constituam manifestação de vontade do Estado, pela emanção de atos administrativos, tais como aplicação de multas e sanções administrativas, concessão de autorizações, licenças, certidões, declarações, atos de inscrição, registro, certificação, e atos de decisão ou homologação em processos administrativos.

Ponto incontroverso é que a colaboração particular no SUS deve se sujeitar à normatização, fiscalização e controle exclusivamente estatais, conforme preceitua o artigo 197 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Unânime também é o entendimento de que a gestão do sistema público de saúde, seja no âmbito municipal, estadual ou federal, é atribuída ao poder público, na respectiva esfera.

Em que pesem os mandamentos constitucionais e legais e a melhor doutrina constitucional/administrativista, fato é que contratualizações com privados vêm ocorrendo ao arrepio da cláusula de complementaridade, inclusive até para gestão de unidade de saúde prestadora de serviço ao SUS.

No Brasil, existem hospitais que prestam serviços ao SUS cuja gestão foi transferida a parceiro privado através de Parceria Público-Privada/PPP⁶⁶. Exemplos

⁶⁶ A definição de Parceria Público-Privada consta do artigo 2º, § 1º a 3º, da Lei nº 11079 de 30 de dezembro de 2004:

“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

são o Hospital do Subúrbio, em Salvador-BA e o Hospital Metropolitano Doutor Célio de Castro, em Belo Horizonte-MG (DALLE, 2014).

O Hospital do Subúrbio, localizado no Subúrbio Ferroviário de Salvador-BA, foi inaugurado em setembro de 2010. Ele é o primeiro hospital brasileiro a ser implantado e operado PPP. Considerado referência internacional em Parceria Público-Privada/PPP, em 26/06/2015, ele ganhou o segundo lugar entre os concorrentes da América Latina na categoria iniciativas que se destacaram na área de saúde, no prêmio da Organização das Nações Unidas/ONU "Melhorando a entrega de serviços públicos". Participaram 22 iniciativas de 18 países. Segundo o Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-moon, o prêmio "reconhece que inovação e liderança contribuem para que comunidades e grupos marginalizados recebam serviços melhores e de confiança"⁶⁷. Mas, em verdade, o pouco tempo de implementação prejudica análise acerca do sucesso do empreendimento.

O Hospital Metropolitano Doutor Célio de Castro, vulgarmente conhecido como Hospital do Barreiro, localizado em Belo Horizonte, em região denominada Barreiro, foi inaugurado 12 de dezembro de 2015, com três anos de atraso. Orçado por R\$ 180 milhões, há informação que já foram gastos R\$ 346 milhões. Ele ainda funciona com parcela irrisória de sua capacidade⁶⁸. Em que pese o otimismo comum ao se idealizar empreendimentos de tal estirpe, há que se considerar os riscos e se deter melhor em planejamento.

A opção constituinte pela maior estatização possível da saúde pública, bem como eficácia, consequência e efetividade, devem ser analisados conjuntamente, considerando os aspectos social político e econômico. É possível que se conclua que, em determinados casos, a iniciativa privada tenha melhor capacidade tecnológica e gerencial e possa oferecer ao Estado o serviço por custo menor do

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. [...]”.

⁶⁷ Essas e mais informações podem ser obtidas no endereço eletrônico: <http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2015/06/no-dia-do-servico-publico-hospital-do-suburbio-em-salvador-recebe>.

⁶⁸ Essas e mais informações podem ser obtidas no endereço eletrônico: <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2016/11/hospital-do-barreiro-em-bh-passa-funcionar-com-20-da-capacidade.html>.

que teria pela prestação direta. A participação privada no sistema público de saúde pode significar modernização e oportunizar mais eficiência. O parâmetro eficiência deve sopesar, além da conveniência econômica, a qualidade do serviço.

Não é difícil deduzir que o interesse público é de que o direito à saúde seja efetivado com o máximo de eficiência e qualidade, obtendo os melhores resultados, com o menor dispêndio. Obviamente, cada pessoa, como usuária e contribuinte, deseja que o Estado lhe ofereça a melhor proteção, cuidado e assistência a sua saúde, com o menor gasto de dinheiro público possível.

Na implementação da promoção do direito à saúde - universal, igualitário e gratuito - tem sido percebido volume crescente da parceria entre o Estado e a iniciativa privada. Ganha força o propósito de que a Administração Pública seja mais flexível e consensual. O mote seria gerir a coisa pública de maneira semelhante à maneira como é gerida à coisa privada. O Estado, garantista, passa a buscar recurso e gestão dinâmica, agilidade e foco no resultado, encontráveis, em tese, na gestão tipicamente privada.

No Brasil, nos anos que sucederam a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi verificada forte e crescente tendência à desestatização dos serviços públicos. A reforma gerencial ocorrida em 1995, já lembrada neste trabalho, propunha que os hospitais estatais fossem transformados em organizações públicas não-estatais, pertencentes ao chamado terceiro setor, ao lado das entidades filantrópicas e privadas. A partir da reforma gerencial, aumentou-se a tendência a terceirizações. Esta ganhou reforço com marcos regulatórios como a Lei nº 9637/98 (Lei das Organizações Sociais) e a Lei nº 9790/99 (Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público). Todavia, esse discurso da eficiência e privatização, no que diz respeito à saúde pública, ocorreu ao arpejo da cláusula constitucional da complementaridade.

Em tese, a ideia de maior interação entre a sociedade e o Estado é um dos meios pelos quais se estaria buscando mais eficácia e eficiência. Efetivação do direito à saúde com maior qualidade e menor custo possível. Em análise mais ampla, fortalece a democracia e legitima as ações e políticas públicas.

No entanto, além de haver de ser averiguado em cada caso se o serviço puramente público seria mais eficiente e compensador do que o serviço contratado com o particular; há o caráter de complementaridade, preceito de observância obrigatória, ao qual os gestores da saúde pública e os aplicadores do direito não

deveriam negar significado e aplicabilidade. Nem mesmo com justificativa de busca de eficiência.

Nas parcerias com o setor privado, o Estado pode viabilizar realizações, com captação de recursos que não conseguiria, sem tais parcerias. Problema é que a realidade parece estar destoante da juridicidade. Talvez isso ocorra não apenas por opção do administrador público. Mas pode ter razão em impossibilidade fática de o Estado conseguir efetivar o direito à saúde sem se valer da participação maciça da iniciativa privada.

Mas se, por um lado, as novas relações mais colaborativas entre público e privado podem contribuir para concretização da democracia, por outro, contrariedade ao texto da Constituição editado por representantes eleitos pelo povo não é nada democrática. Ademais, como visto, as relações entre a Administração Pública e o setor privado sem a devida reparação das arestas de promiscuidade podem gerar efeitos muito danosos ao erário, à moralidade, à saúde da população, e ao interesse público, enfim.

Ora, deve-se sempre buscar eficiência, de maneira que os ganhos superem os custos. Tanto os ganhos quanto os custos devem ser amplamente considerados, em quantidade e qualidade. Há que se ponderar os custos diretamente empregados na contratação. Bem como os recursos dispendidos na manutenção da estrutura necessária para estudar, escolher, formalizar, acompanhar e fiscalizar as contratações. Na análise dos ganhos obtidos, além da verificação das metas objetivas previamente definidas, há que se considerar a efetiva utilidade, refletida na satisfação real do cidadão.

Nesse sentido, caso superada a cláusula da complementaridade, pela verificação da necessidade advinda da insuficiência do aparato público, pode ser firmado contrato ou convênio, com entidade privada. Obviamente, o ajuste deve ser efetuado através de instrumento que bem defina e determine o objeto e as metas. Há que contar com eficiente acompanhamento, controle e fiscalização, com verificação da regularidade, do atingimento das metas, do alcance da finalidade, e da satisfação do interesse público.

É fato evidente que o cenário que se encontra a Administração tende muito mais à privatização e terceirização do que à estatização. Problema é que, pelo visto, no caso específico da saúde, isso contrasta com a constitucionalidade e a própria legalidade.

O conflito entre as ideias opostas de estatização e privatização reflete em oposição entre a realidade fática e a juridicidade. Enquanto o ordenamento jurídico determina que a parceria público-privada ocorra somente quando o Estado não tenha capacidade de realizar por si só o serviço, é fato o crescente protagonismo das entidades privadas na prestação de serviço público de saúde.

Desde o final do século XX, grandes transformações vêm ocorrendo nas relações entre a Administração Pública e os particulares. Tais relações são cada vez mais flexíveis, colaborativas, dialógicas e consensuais. A tendência de interpenetração entre o Estado e a sociedade, entre o público e o privado, é crescente.

Mas cometer, aceitar e justificar ilegalidade sob alegação de atendimento a novas exigências políticas econômicas e sociais não deveria ser considerado válido.

A figura do Estado prestador de serviços parece reconhecer a necessidade de obter parcerias. O Estado tende ser mais consensual quão mais provedor seja. Assim, a participação das instituições privadas na saúde pública talvez seja necessária. Possivelmente, tal necessidade se perpetuará. Essa possível realidade frustraria a expectativa do constituinte e do legislador infraconstitucional, de que o Estado seja autossuficiente na efetivação do direito à saúde.

Investimentos de alto custo têm encontrado viabilidade através de parcerias público-privadas. Mas a carência de infraestrutura e ausência de investimentos em arcabouço próprio podem estar deixando o Estado cada vez mais dependente e refém da estrutura particular. Isso propicia piores condições de negociação, gerando grave prejuízo ao erário e ao interesse público. O interesse do particular tende a prevalecer, em detrimento do interesse público, inadmissivelmente.

Marlon Alberto Weichert aponta que, paralelamente à inconstitucionalidade referente à terceirização, o Estado deixa de investir na sua rede própria e se demite do serviço que lhe é próprio.

Em tendência diametralmente oposta ao vetor constitucional, porém, algumas administrações públicas têm investido na terceirização ao setor privado dos seus próprios serviços. Ou seja, o Estado não só deixa de investir na ampliação da rede própria, como se demite do serviço que já vinha executando. Dupla inconstitucionalidade. (WEICHET, 2004, p. 199).

A busca por mais eficiência é argumento comum dos que defendem mais privatização e menos estatização. Mas, certamente, a privatização não deve

oferecer mais eficiência em todos os casos. Para a melhor escolha, haveria de ser averiguado cada caso, oportunamente.

Além dos riscos quanto ao desvio do erário e do interesse público, a relação público-privado pode gerar instabilidade, insegurança, imprevisto e precariedade. Indesejáveis e absolutamente incompatíveis com a importância do direito à saúde, com a natureza dos respectivos serviços e ações, e com o altíssimo volume de recurso despendido para tentativa de efetivação do direito à saúde.

A dialética da iniciativa privada de maximização do lucro pode conduzir o privado contratado a adotar comportamentos lesivos ao interesse público. Por exemplo, hospital particular não se interessa em fazer triagem ou avaliação de necessidade de tratamento. A lógica é quanto mais, melhor. Também há risco de cobrança do SUS por tratamento não efetuado. Outros exemplos de comportamentos danosos podem ocorrer quando a totalidade de pacientes de determinado estabelecimento não seja pelo SUS, quando haja atendimento a cliente particular no mesmo estabelecimento. Cria-se oportunidade de uso promíscuo de material e estrutura pagas pelo erário. Pode haver utilização de material e estrutura do SUS para atendimento a cliente particular. Também cria ocasião para a indevida cobrança a paciente, referente a tratamento já pago pelo SUS. Ademais, essa busca do agente privado pelo maior lucro pode levá-lo a contratar profissionais mais baratos e inexperientes, utilizar materiais de baixa qualidade e deixar de utilizar meios e materiais necessários, visando economia, em detrimento da saúde do administrado.

Implica saber se e quando caberiam os contratos e convênios entre o Estado e as entidades privadas, para prestação da saúde pública. Em quais situações se pode considerá-los justificáveis e lícitos. Sem deixar, ainda, de considerar a importância do controle dos gastos e dos resultados.

Fator que dificulta muito é a deficiência do Estado também consistir em ausência de estrutura de análise e escolha de políticas e ações, de fiscalização e de controle.

Ainda, é dubitável se as opções e ações do Estado nesse sentido da descentralização têm sempre ocorrido pelo interesse do governo ou interesse do governante. Ou seja, se há legítimo interesse público nessas escolhas ou o escuso interesse político-eleitoral e/ou econômico.

Ao propor a Lei nº 8080/90, o Código da Saúde, na respectiva mensagem, o Poder Executivo, demonstrou expressamente preocupação de que a convivência e as relações entre os setores públicos e os privados fossem pautadas pela ética e a pela busca da qualidade na execução dos serviços de saúde. Serviços esses cuja disponibilidade e o franco acesso dos usuários devem ser garantidos.

Na prestação de serviços de saúde pública por particular, deve haver especial atenção aos mecanismos de fiscalização e controle, pois há que ser considerados a relevância do bem juridicamente garantido e o enorme volume de recursos envolvidos. Ideal é que haja normas, preferencialmente a partir de uma lei nacional específica, que defina e discipline hipóteses e procedimentos para contratação, execução, fiscalização e controle, especialmente para as ações e serviços públicos de saúde a serem desempenhados pelo particular.

Por mais que se entenda conveniente que a contratação de serviços e ações de saúde pública com particular ocorra independentemente de verificação da necessidade gerada pela insuficiência do Estado, ela não pode ocorrer ao arrepio da disposição constitucional e normas regulamentares. A conveniência e oportunidade devem sempre ser buscadas, porém, não devem servir para justificar inconstitucionalidade/ilegalidade.

A previsão de complementaridade da participação privada no SUS ganha aspecto simbólico, na medida que se afasta da realidade fática. A ineficácia jurídica faz a Constituição e a realidade se destoarem. O termo “complementar” não possui força normativa. Ele é simbólico. Segundo NEVES:

“A referência simbólica a determinado instituto jurídico caracterizado por um alto grau de ineficácia normativo-jurídica serve tanto ao encobrimento dessa realidade e mesmo à manipulação política para usos contrários à concretização e efetivação das respectivas normas, quanto a uma ampla realização do modelo normativo no futuro.”

[...]

“A força simbólica de atos, textos, declarações e discursos de caráter normativo serve tanto à manutenção da falta de direitos quanto à mobilização pela construção e realização dos mesmos.” (NEVES, 2005).

A força simbólica do caráter de complementaridade pode estar servindo para encobrimento da situação de inconstitucionalidade. Tendo acesso ao texto legal, mas não aos dados reais, o povo tende a presumir regularidade. Dessa forma subtrai do povo, que deve ser o detentor do poder em uma democracia, o seu direito de conhecer, fiscalizar, ponderar e optar. Isso impede a ação da força simbólico-programática do preceito constitucional. Tal efeito também foi observado por NEVES:

A referência simbólica a determinado instituto jurídico caracterizado por um alto grau de ineficácia normativo-jurídica serve tanto ao encobrimento dessa realidade e mesmo à manipulação política para usos contrários à concretização e efetivação das respectivas normas, quanto a uma ampla realização do modelo normativo no futuro. (NEVES, 2005).

Ademais, “a afirmação simbólica de direitos e institutos jurídicos, sem qualquer compromisso com o real acesso aos mesmos ou à sua efetivação, pode levar à apatia pública e ao cinismo das elites” (NEVES, 2005).

No discurso de promulgação da Constituição, já lembrado neste trabalho, Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Constituinte, quando dizia sobre a inadmissibilidade de descumprimento dos preceitos constitucionais, em sábias palavras, disse, acerca da Constituição: “quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério.” (GUIMARÃES, 1998).

Se constatado que também a saúde deve acompanhar essa atual tendência do Direito Administrativo, de maior cooperação entre público e privado, maximizando o uso dos recursos privados, tal modelo de governança dependerá de alterações do próprio marco constitucional, sob pena de inconstitucionalidade. Todavia, qualquer eventual emenda não pode implicar em retrocesso social, uma vez que direitos e garantias fundamentais fazem parte do núcleo rígido da Constituição da República Federativa de 1988. Em outras palavras, não poderiam implicar na diminuição da própria ideia de saúde pública universal e gratuita.

Pois o que se confere é uma inconformidade histórica, entre o texto da Constituição e a realidade que tal Constituição pretendeu regular, incorporada à estrutura Administrativa e, pelo que indica, aceita ou preferida na práxis e no costume, que insiste em permanecer.

A práxis administrativa de preferir contratar o particular para participar no SUS independentemente da verificação da necessidade justificada pela insuficiência do aparato público está frustrando o objetivo da Constituição. O que se verifica é um conjunto de comportamentos, omissivos e comissivos, atribuíveis ao Poder Executivo, na implementação das políticas públicas de saúde, em desacordo com a

norma constitucional. Inconformidade entre a Constituição e a realidade.

Mas é certo que este estado inconstitucional de coisas⁶⁹ não pode permanecer. Contudo, não deveria ser necessária a intervenção judicial. Ideal é que seja espontânea e voluntária a mudança de atitude dos gestores e demais agentes públicos responsáveis pelas políticas públicas de saúde, no sentido do cumprimento do preceito constitucional, pelo dever constitucional de cumprir e fazer cumprir a Constituição. Ou, caso se reconheça a inviabilidade ou inconveniência da limitação contida no termo “complementar”, que o Congresso Nacional voluntariamente assim reconheça e providencie a emenda constitucional supressora. É fundamental que a definição do caminho a se adotar seja precedida de ampla participação da sociedade e dos segmentos envolvidos.

Não será objeto deste trabalho a discussão sobre cabimento do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional para fins de cabimento de Mandado de Injunção ou outra ação judicial provocadora de controle de constitucionalidade, difuso ou concreto. Embora se perceba atuação crescente do poder judiciário no controle das políticas públicas que não estejam condizentes com o marco constitucional, até mesmo sobre atos não normativos. Havendo, inclusive, precedentes de reconhecimento de estado de coisas inconstitucional e determinação judicial de medidas diversas a vários órgãos das três funções, para correção de vícios de inconstitucionalidade por condutas inconstitucionais comissivas e também omissivas⁷⁰. Envolveria questões acerca do papel do Judiciário e o princípio da

⁶⁹ “A afirmação da existência de um estado de coisas inconstitucional surgiu na jurisprudência colombiana em 1997 (sentença SU-559), quando foi apreciada a omissão estatal em garantir direitos previdenciários aos professores municipais. No precedente, a Corte reconheceu que havia um quadro mais amplo, que ia além do pedido dos litigantes, reconhecendo que uma série de falhas estruturais confluía para a existência de um estado de coisas inconstitucional. Assim, impôs a correção da inconstitucionalidade aos outros municípios em situação semelhante, determinando que fosse sanada, em prazo razoável, a situação de todos os docentes. A fundamentação da intervenção judicial nas políticas públicas se apoiou no art. 113 da Constituição colombiana, que contempla a divisão de poderes e determina que os ramos do Estado “colaborem harmonicamente para a realização de seus fins”. Aparece ainda, na fundamentação, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.” (PEREIRA; GONÇALVES, 2015).

⁷⁰ É verificada atuação crescente do judiciário no controle das políticas públicas que não estejam condizentes com o marco constitucional. Há precedentes de reconhecimento de estado de coisas inconstitucional e determinação de medidas diversas a vários órgãos para correção de vícios de inconstitucionalidade por condutas inconstitucionais comissivas e também omissivas. O estado de coisas inconstitucional foi aceito e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal/STF, na Arguição de

separação de funções. Tal assunto teria volume, dimensão e complexidade digna de uma outra dissertação.

Observa-se que, após suplantada a distorção entre a realidade fática e a disposição constitucional referente à complementaridade da participação privada no SUS, grande desafio continuará sendo o cuidado com a qualidade dos gastos e dos serviços, com análises de oportunidade e conveniência do interesse público nas escolhas e com fiscalização e controle. Obviamente, no caso da saúde pública, o interesse é o de que a população goze das melhores condições de saúde com otimização dos investimentos.

6 CONCLUSÃO

Como visto, a Administração Pública contemporânea tem buscado concretizar o Estado Democrático de Direito e garantir direitos através de consensualidade. A interação mútua entre sociedade e Estado é percebida nas políticas públicas de saúde.

Grande parte das ações e serviços de saúde tem sido realizada através de parceria entre o público e o privado, sob a regulamentação, gestão, fiscalização e controle do Poder Público. Tais parcerias podem proporcionar não apenas as condições econômicas e estruturais que o Estado porventura careça. Também podem ser meio de obtenção de eficiência e aproximação da efetividade do direito à saúde.

Observa-se que o Estado caminha no sentido inverso ao da estatização, apontado pela Constituição em matéria de saúde. E não parece haver vontade política que faça o Administrador Público se ater ao limite da complementaridade. Até mesmo porque todos os demais setores que não representam atividade típica/exclusiva do Estado estão cada vez mais terceirizados. Diferentemente da saúde, nestes setores a terceirização é permitida ou fomentada pela própria Constituição.

Investimentos de alto custo têm encontrado viabilidade através de parcerias público privadas. O Estado tende ser mais consensual quão mais provedor seja. A figura do Estado prestador de serviços parece reconhecer a necessidade de obter parcerias.

É perceptível que o cenário que se encontra a Administração tende muito mais à privatização/terceirização do que à estatização. Mas, conforme visto, no caso específico da saúde isso contrasta com a constitucionalidade/legalidade.

O conflito que sempre foi travado, da estatização contra a privatização, reflete em oposição entre a realidade fática e a juridicidade. O defensor da estatização da saúde venceu quando da confecção do texto constitucional, mas foi derrotado na facticidade. Essa distorção desmoralização da Constituição e pode provocar inviabilização do próprio sistema público de saúde.

Enquanto o ordenamento jurídico determina que a complementação privada ocorra somente quando o Estado não tenha capacidade de realizar por si só, é fato o

crescente protagonismo das entidades privadas na prestação de serviço público de saúde. Não há sinais de que isso retrocederá. Pelo menos a médio prazo.

Problema é que a realidade destoa da juridicidade. Talvez isso ocorra não apenas por opção do administrador público. Mas pode encontrar justificativa na impossibilidade fática de o Estado conseguir efetivar satisfatoriamente o direito à saúde sem se valer da participação maciça da iniciativa privada, na medida em que, através das parcerias com o setor privado, o Estado pode viabilizar realizações, captar recursos que não conseguiria sem tais parcerias. Ademais, as más experiências acumuladas, de incapacidade de gestão, descaso e corrupção de tudo ou boa parte do que tem sido gerido pelo Estado também são capazes de provocar desejo de que ele se retraia e ceda mais espaço à iniciativa privada.

Desde o final do século XX, grandes transformações vêm ocorrendo nas relações entre a Administração Pública e os particulares. Tais relações são cada vez mais flexíveis, colaborativas, dialógicas e consensuais. A tendência de interpenetração entre o Estado e a sociedade, o público e o privado é crescente. E apresenta indício de que irá recuar, em um horizonte visível.

A participação das instituições privadas na saúde pública, mesmo que considerada necessária está condicionada ao caráter subsidiário. Admitir diferentemente disso frustra o comando constitucional e inconstitucional. Portanto, aceitar e justificar ilegalidade sob alegação de atendimento a novas exigências políticas econômicas e sociais não deveria ser considerado válido.

Já se vão mais de dezoito anos de vigência da cláusula de complementaridade do § 1º do artigo 199 da Lei Fundamental, com a eficácia completamente ignorada, embora tenha sido exaustivamente e devidamente regulamentada.

Há que se considerar que esse predomínio das contratualizações tem provocado crescente carência de investimento em aparato próprio. Pode estar deixando o Estado cada vez mais dependente da estrutura particular. Isso propicia piores condições de negociação. Gera grave prejuízo ao erário e interesse público. Dessa forma indesejada, o interesse do particular tende a prevalecer, em detrimento do interesse público. Não é admissível.

A Administração Pública passa a tentar solucionar sua hipertrofia copiando ideias da gestão tipicamente privada, buscando recurso e gestão dinâmica, agilidade e foco no resultado. A busca por mais eficiência é argumento comum dos que

defendem mais privatização e menos estatização. Mas há que se considerar a possibilidade de o serviço puramente público ser mais eficiente e compensador do que o serviço contratado com o particular. Deve haver rigorosa análise e ponderação das alternativas, em cada caso.

Deve-se sempre buscar eficiência, de maneira que os ganhos superem os custos. Tanto os ganhos quanto os custos devem ser amplamente considerados, em quantidade e qualidade. Há que se ponderar os custos diretamente empregados na contratação. Bem como os recursos dispendidos na manutenção da estrutura necessária para estudar, escolher, formalizar, acompanhar e fiscalizar as contratações. Ainda, na análise dos ganhos obtidos, além da verificação do alcance das metas objetivamente definidas previamente, há que se considerar a efetiva utilidade, refletida na satisfação real do cidadão.

Mas, além dos riscos quanto ao desvio do erário e do interesse público, a relação público-privado pode gerar instabilidade, insegurança, imprevisto e precariedade indesejáveis e absolutamente incompatíveis com a importância do direito à saúde e com o altíssimo volume de recurso despendido na tentativa de efetivação de tal direito. Fator dificultador é a deficiência do Estado em estrutura de análise e escolha de políticas e ações, e de fiscalização e controle.

Ademais, é dubitável se as opções e ações do Estado nesse sentido da descentralização têm sempre ocorrido pelo interesse do governo ou interesse do governante. Ou seja, se há legítimo interesse público nessas escolhas ou o escuso interesse político-eleitoral e/ou econômico.

A convivência e as relações entre os setores públicos e os privados na execução dos serviços públicos de saúde devem ser pautadas pela moralidade, pela busca da disponibilidade do franco acesso e da qualidade. O próprio Poder Executivo, na Mensagem 360/89, que encaminhou o projeto da Lei 8080/90 (o Código da Saúde) ressaltou a necessidade de ética na convivência entre o público e privado para garantia do direito à saúde. Notou que, na lógica do SUS, é estabelecida ainda uma nova forma de relacionamento com a sociedade civil e a iniciativa privada, baseada em normas éticas e na qualidade da prestação de serviços. Que os setores público e privado não deveriam se contrapor. Mas, sim, haveria de ser definida uma clara regra de convivência, cuja essência seria a garantia da disponibilidade de serviços, com as qualificações requeridas, para o franco acesso dos usuários.

Quanto à segurança que se deve ter, considerando a fundamental importância do direito à saúde e o vultuoso erário correspondente, ideal é que haja normas, preferencialmente a partir de uma lei nacional específica. Lei esta que regule, defina e discipline hipóteses e procedimentos para contratação, execução, fiscalização e controle das ações e serviços públicos de saúde a serem acometidos ao particular, pessoa natural ou jurídica, de Direito Privado, especificamente.

Já, quanto à inconstitucionalidade/ilegalidade apontada, pelo descumprimento da cláusula de complementaridade, não pode ser justificada, nem mesmo pela suposta busca da eficiência, oportunidade e conveniência do interesse público. Pois, por mais que se entenda interessante que a contratação com o particular para prestação de serviços e/ou ações de saúde pública ocorra independentemente da necessidade gerada pela insuficiência do Estado, isso não pode ocorrer ao arrepio da disposição constitucional e normas regulamentares.

Manter no texto constitucional um termo dotado de claro significado, mas sem eficácia ou tampouco perspectiva de aplicação, é desmoralização para a Constituição. É vilipêndio à base fundamental do ordenamento jurídico pátrio. Constitui violação à ordem constitucional, causadora de descrédito jurídico, não tolerável em Estado Democrático de Direito.

Ideal é que houvesse mudança de atitude dos gestores e demais agentes públicos responsáveis pelas políticas públicas de saúde, no sentido do cumprimento do preceito constitucional, pelo dever constitucional de cumprir e fazer cumprir a Constituição. Ou, caso se reconheça a inviabilidade ou inconveniência da limitação contida no termo “complementar”, que o Congresso Nacional voluntariamente assim reconheça e providencie a emenda constitucional supressora.

Se constatado que também a saúde deve acompanhar a atual tendência do Direito Administrativo de maior cooperação entre público e privado, maximizando o uso dos recursos privados e também sociais. Por se constatar que isso leva à realização mais proficiente das missões do Estado. Por se verificar que a contratação com entidades privadas possa proporcionar mais eficiência e vantagem para o público, independentemente de verificação de insuficiência estatal. Então, ideal é que se providencie alteração da Constituição. Se assim, melhor que o Congresso Nacional se sensibilize e providencie emenda constitucional que subtraia o termo “complementar” do § 1º do artigo 199 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Mas, qualquer que seja a solução, é fundamental e

democrático que seja precedida de ampla participação da sociedade e dos segmentos envolvidos.

Após superada a distorção entre a realidade fática e a disposição constitucional referente à complementaridade da participação privada no SUS, grande desafio continuará sendo o cuidado com a qualidade dos gastos e dos serviços. O zelo nas análises de oportunidade e conveniência do interesse público nas escolhas, na gestão, na fiscalização e no controle deverá ser redobrado. Também é necessário assentamento constitucional unificante e organizador da carreira dos profissionais especialistas em políticas e gestão da saúde, com definição de quesitos, atribuições, responsabilidades e garantias.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Messias Alves. Reforma sanitária: processo de constitucionalização do Sistema Único de Saúde. 2009. 143p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ASENSI, Felipe. Sistema Único de Saúde: lei 8.080-1990 e legislação correlata. Rio de Janeiro: Alumnus-Leya, 2015.

BALDASARRE, Antonio. Los derechos sociales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRAGA, Ana Rita Morgado Lopes. As parcerias público-privadas no sector da saúde: o caso de Portugal versus a experiência do Reino Unido. 2013. 42p. Dissertação (Mestrado) - Instituto Superior de Economia e Gestão – Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 6 dez. 2016.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 6 dez. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil: de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 6 dez. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil: de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 6 dez. 2016.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil: de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 6 dez. 2016.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil: de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 6 dez. 2016.

_____. Constituição Política do Império do Brasil: de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 6 dez. 2016.

_____. Estatísticas da saúde: Assistência médico-sanitária 2005. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística/IBGE. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/9284297-Instituto-brasileiro-de-geografia-e-estatistica-ibge.html>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

_____. Lei nº 8.080: de 19 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 6 dez. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Cadastro nacional de estabelecimentos de saúde. Disponível em: < <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabnet.exe?idb2012/e22.def> >. Acesso em: 6 dez. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Portaria MS nº 1034: de 5 de maio de 2010. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2010/prt1034_05_05_2010_rep.html. Acesso em: 6 dez. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923 – DF, Relator Ministro Carlos Brito, Diário de Justiça, 01 ago. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923-5/DF, Tribunal Pleno, Relator Originário Min. Ilmar Galvão, Relator Min. Eros Grau, Diário de Justiça da União, 21 set. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União - TCU. Acórdão nº. 2254/2008 – Plenário. Processo 013.629/2005-0. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d3337363939&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumento s=1>. Acesso em: 6 dez. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União - TCU. Acórdão nº. 4218/2010 – 1ª Câmara. Processo TC 010.472/2007-2. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31313534313435&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumento s=1>. Acesso em: 6 dez. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho – TRT-8. Vara do Trabalho de Ananindeua-PA. Processo nº 00010959720105080121 0001095-97.2010.5.08.0121. sentença de conhecimento publicada em 08/02/2010.

BRESSER-PEREIRA Luiz Carlos. O caráter cíclico da intervenção estatal. Revista de Economia Política, v. 9, n. 3, p. 115-130, jul./set. 1989.

CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Comparado, v. 03, Belo Horizonte: Mandamento, 2000.

CECHIN, José. A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação. São Paulo: Saraiva, 2008. p.49 e segs.

COMPARATO. Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COLOMBO, F.; TAPAY, N. Private Health Insurance in OECD Countries: The benefits and Costs for Individuals and Health Systems. OECD Health Working Papers, n.15, OECD Publishing, 2004.

CORREIA. Vanda Cristina Charrua. Parcerias público-privadas: análise do custo-benefício. 2014. 59f. Dissertação (Mestrado) - Instituto Politécnico de Setúbal, Escola Superior de Ciências Empresariais, Setúbal.

CURY, Marun D.; NETO João S. M. O financiamento da saúde no Brasil e o sucateamento do SUS. Disponível em:
http://www.interclip.com.br/webclipping/index.php?action=DL&va=1475335850_7052&n=672266&uc=0&tv=C&ha=300b8069bd2c65c8b8bb918c1cc1d16f&c=391&hb=9b8d6f46a4845aebc881f14c6424276a. Acesso em: 6 dez. 2016.

DALLE, Juliana Lopes Mascarenhas. A conveniência pela escolha da modalidade de contratação das parcerias público privadas: a construção do Hospital Metropolitano de Belo Horizonte. 2014. 68f. Monografia (conclusão do curso) - Universidade FUMEC. Belo Horizonte.

DIAS, Maria Teresa Fonseca. Direito administrativo pós-moderno. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 9, p. 213-231, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FALLEIROS, Lalê; LIMA, Júlio César França. Saúde como direito de todos e dever do Estado. In: Na corda bamba de sombrinha: a saúde no fio da história. Observatório História e Saúde (COC) Observatório dos Técnicos em Saúde (EPSJV) Fundação Oswaldo Cruz. Organizadores Carlos Fidélis e Lalê Falleiros. Rio de Janeiro, p. 239-276, ago. 2010. Disponível em:

<http://observatoriohistoria.coc.fiocruz.br/local/File/livro-na-corda-bamba-de-sombrinha.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2016.

FORTINI, Cristiana; DA PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria. As terceirizações e as contratações temporárias realizadas pela administração pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF. In: FORTINI, (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.11-34.

FRANÇA, Susete Barboza. A presença do estado no setor saúde no Brasil. Revista do Serviço Público, ano 49, n.3, p.86, jul./set. 1998.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Metodologia do trabalho científico. Belo Horizonte: Fundação Mineira de Educação e Cultura, [201-]. 233p.

GERVASONI, Tássia A.; GERVASONI, Tamiris Alessandra. Jurisdição constitucional e controle de políticas públicas: uma realidade necessária para a concretização dos direitos fundamentais. Meritum. Revista de Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, v.9, n.2, p. 393-418, jul./dez. 2014.

GONÇALVES, Wagner. Parecer sobre terceirização e parcerias na saúde pública. Mimeo. 1998.

GRAU, Antonio Baylos. Estado de bienestar y derechos sociales. In: FERNÁNDEZ, T.; GARCÉS, J. (coords.). *Crítica y futuro del Estado de bienestar: reflexiones desde la izquierda*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 21-35.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na promulgação da Constituição. Jornal da Constituinte. Brasília, DF, p. 4-5, n. 63, 5 out. 1988.

KISLERI, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, vol.40 no.3, mai./jun. 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde. 2009. 306p. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 3, n.9, p.105-151, jan./mar. 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MENDES, E. V. Os grandes dilemas do SUS. v. 2. 1. ed. Salvador: Casa da Qualidade Editora, 2001.

MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio. Serviço de saúde. Conceito de serviço público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma da prestação de contas das entidades de cooperação após a emenda constitucional n.o 19/98. Revista Diálogo Jurídico,

Salvador, n.11, p.8, fev. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 6 dez. 2016.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.204, p.265-289, out./dez. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509938/001032358.pdf?sequen ce=1>. Acesso em: 6 dez. 2016.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais do poder. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Sistemas comparados de saúde: uma análise preliminar. Mimeo.OECD. Proposal for a Taxonomy of Health Insurance. Paris: OECD, 2004.

PAIM, J. *et al.* O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. The Lancet, Saúde no Brasil, p. 11-31, mai. 2011.

PARANÁ (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 5.a Câmara Cível, Apelação n.o 426.165-4, Relator: Juiz Convocado Eduardo Sarrão, Diário de Justiça do Estado n.o 7.684, de 22 ago. 2016. Vara cível e anexos da comarca de Palotina, Processo n.o 2006.00.00.0544.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. Revista Juris Poiesis ano 18, n° 18, jan-dez.2015. p.130- 159. ISSN 1516-6635

POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens de nossa época. Trad. Fanny Wrobel. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

POLITI, Fabrizio. Os Direitos Sociais. R. NANIA, P. RIDOLA, I Diritti Costituzionali, vol III, Giappichelli, Torino 2006, 1019 e ss., Traduzido por Sandro Glasenapp Moraes. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/20_Doutrina%20Estrangeira%202.pdf. Acesso em: 6 dez. 2016.

POMPEU, João Cláudio Basso. A situação contratual da rede hospitalar privada vinculada ao SUS: alguns elementos para reflexão. 2004. 183p. Dissertação (Mestrado em Gestão de Sistemas e Serviços de Saúde) – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, Brasília.

QUEIROZ, Maria de Fátima Medeiros de *et. al.* Eficiência no gasto público com saúde: uma análise nos municípios do Rio Grande do Norte. Rev. Econ. NE, Fortaleza, v. 44, n. 3, p. 761-776, jul-set. 2013.

RAWLS, John. Liberalismo político. México: Fundo de Cultura Econômica, 1995.

RESENDE, Vera Lúcia Pereira. Os direitos sociais como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988. 2006. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Fieo, Osasco, 2006.

SANTOS, Isabela Soares; UGÁ, Maria Alicia D.; PORTO, Silvia Marta. O mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. Ciência e Saúde Coletiva, n.13, p.1431-1440, 2008.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Décadas de espanto e uma apologia democrática. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 627.715-5/3-00 – SP. Relator: Des. Lineu Peinado. 07 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEGATTO, Cristiane. Saúde não tem preço, mas tem custos. Disponível em: http://www.interclip.com.br/webclipping/index.php?action=DL&va=1475335907_5819&n=672400&uc=0&tv=C&ha=c492094185696143695406c2dd330ebf&c=391&hb=00e49faaf69801de36e22e04039332cd. Acesso em: 6 dez. 2016.

SILVEIRA, Helena Colodetti Gonçalves. Jurisdição Constitucional e déficits democráticos: uma crítica comunicativa às distorções modernas. 2009. 139p. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

VASCONCELOS, C. M.; PASCHE, D. F. O Sistema Único de Saúde. In: CAMPOS, G. W. S. et al. Tratado de Saúde Coletiva. São Paulo: Hucitec, Rio de Janeiro, Fiocruz, 2006. Disponível em: . Acesso em: 6 dez. 2016.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Texto para Discussão nº 186. Brasília, Núcleo de Estudos e Pesquisas. CONLEG. Senado. Dez. 2015. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 6 de dezembro de 2016.

WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e federação na constituição brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.