



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

NATÁLIA MARTINS DE ABREU

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A
RESPONSABILIDADE SOCIAL:
UMA CONTRAPOSIÇÃO AO ARGUMENTO DA RESERVA DO
POSSÍVEL**

Londrina
2017

NATÁLIA MARTINS DE ABREU

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A
RESPONSABILIDADE SOCIAL:
UMA CONTRAPOSIÇÃO AO ARGUMENTO DA RESERVA DO
POSSÍVEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior.

Londrina
2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

MARTINS DE ABREU, NATALIA.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE SOCIAL: uma contraposição ao argumento da reserva do possível / NATALIA MARTINS DE ABREU. - Londrina, 2017.
106f.

Orientador: CLODOMIRO JOSÉ BANNWART JUNIOR.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2017.

Inclui bibliografia.

1. Teoria da Ação Comunicativa. Modelo Brasileiro de Estado. Direito à Saúde. Efetividade. Reserva do Possível. - Tese. I. BANNWART JUNIOR, CLODOMIRO JOSÉ. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

NATÁLIA MARTINS DE ABREU

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE
SOCIAL:
UMA CONTRAPOSIÇÃO AO ARGUMENTO DA RESERVA DO
POSSÍVEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, apresentada para a obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart
Júnior
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa
Espolador
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Ricardo Vélez Rodriguez
Faculdade Arthur Thomas de Londrina - CESA

Londrina, 14 de julho de 2017.

Dedico este trabalho à minha mãe Artemizia Bertolazzi Martins, a quem devo a responsabilidade pela minha formação. Com seu incentivo e amor ela fez com que eu chegasse até aqui.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, por sua infinita misericórdia em minha vida. Por me conceder saúde, sabedoria, discernimento e persistência para a finalização deste trabalho.

Ao meu filho Felipe Martins Hille, a criança mais doce que existe, por me fazer renascer e descobrir que todos os dias eu posso ser alguém melhor, e por me mostrar o verdadeiro significado de amor incondicional.

Ao meu marido, companheiro de vida, Marcelo Luiz Hille, pelo incentivo diário, por sempre acreditar em mim, mesmo quando eu mesma duvidei. Pelos diálogos jurídicos, pela inspiração profissional, pela paciência e por perdoar a minha ausência.

À minha mãe Artemizia Bertolazzi Martins, que sempre fará parte de toda e qualquer conquista por mim alcançada, por me dar a vida, por nunca duvidar que eu fosse capaz, por não medir esforços para o meu crescimento pessoal e profissional, por muitas vezes abrir mão dos seus sonhos para que os meus se tornassem realidade e pelo amor de todos os dias.

Meus sinceros agradecimentos ao meu orientador Professor Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior, pela paciência com que me orientou durante toda a realização deste trabalho, pelos conhecimentos transmitidos, por acreditar em mim e também pela amizade.

À professora Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador por aceitar prontamente o convite em participar da minha banca, pelas orientações e considerações acerca do trabalho.

Ao professor Dr. Ricardo Vélez Rodriguez por gentilmente se dispor a participar da banca e enriquecer a discussão acerca do tema.

À Valéria Martins Oliveira, pela ajuda durante a confecção do presente trabalho, pela indicação de material, pela discussão acerca do tema, pela leitura e por todo amor dispensado a mim desde o meu nascimento.

Aos professores do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, por repassarem todo o conhecimento sem medir esforços para que pudéssemos aprender e nos interessar ainda mais pelo Direito. Viver esta experiência com profissionais de tamanha qualificação com certeza torna ainda mais gratificante a experiência do Mestrado.

Aos colegas do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, em especial à Marcilei Gorini Pivato, pela parceria durante estes dois anos. Ao dividirmos angústias e conquistas tornamos mais fácil o percurso.

À minha família, tias, tios, primos, minha gratidão por sempre me acolherem de forma tão amorosa, por serem meu porto seguro e por fazer com que eu me sinta amada e acolhida.

ABREU, Natália Martins de. **O Direito fundamental à saúde e a responsabilidade social**: uma contraposição ao argumento da reserva do possível. 2017. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2017.

RESUMO

As preocupações e as discussões acerca da ineficiência no atendimento à saúde da população brasileira são constantes, o que é clarificado assiduamente pelo caos em que se encontram os hospitais públicos, pela demora que um cidadão precisa suportar para conseguir um exame, pelas crianças que nascem nas calçadas próximas às instituições de saúde. Medidas são tomadas por todas as esferas do poder público, a partir da criação do SUS (Sistema Único de Saúde), com fulcro na Constituição Federal de 1988, que veio tornar obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão, já que saúde é um direito fundamental. Porém, apesar de ser dever do Estado, é inegável que não foi atingida a efetividade necessária ao contingente de pessoas que diariamente precisam de atendimento. Pela constatação deste problema, considera-se relevante o estudo de alternativas para que um número maior de brasileiros tenha acesso a serviços públicos de qualidade, principalmente os menos favorecidos economicamente, traçando-se considerações sobre o modelo de Estado adotado pelo Brasil, inclusive mencionando a espécie de contradição acerca de tal modelo. Em seguida, faz-se uma análise acerca dos direitos fundamentais, principalmente o direito à saúde, foco principal do presente trabalho e sua ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este norteador para efetivação de direitos constitucionais. Importante ressaltar também a análise ao argumento da reserva do possível, muitas vezes utilizado pelo poder público para justificar a não efetivação plena do direito fundamental à saúde. Por fim, propõe-se uma espécie de diálogo entre empresas privadas ligadas ao ramo da saúde com o Poder Público, baseado na ação comunicativa habermasiana, para a efetiva concretização de acesso à saúde para a população em geral, inclusive minorias que inúmeras vezes aguardam por políticas públicas que se mostram ineficazes, o que se confirma pelo crescente número de ações judiciais propostas para realização de atos e direitos já garantidos pela Constituição Federal que, contudo, não ocorrem por falta de orçamento público.

Palavras-chave: Teoria da Ação Comunicativa. Modelo Brasileiro de Estado. Direito à Saúde. Efetividade. Reserva do Possível.

ABREU, Natália Martins de. **The fundamental right to health and social responsibility**: an opposition to the argument of the reserve of the possible. 2017. 106 f. Dissertation (Master's degree in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2017.

ABSTRACT

There are constant concerns and discussions about inefficiency in the health care of the Brazilian population, which is assiduously clarified by the chaos in which the public hospitals are, by the delay that a citizen must endure to get an examination, by the children born in the Sidewalks close to health institutions. Measures are taken by all spheres of public power, starting with the creation of the SUS (Health Unic System), with a fulcrum in the Federal Constitution of 1988, which made it mandatory for public service to any citizen, since health is a fundamental right. However, it is undeniable that the necessary effectiveness has not been achieved for the contingent of people who daily need care. Based on this problem, it is considered relevant the study of alternatives so that a greater number of Brazilians have access to quality public services, especially the less economically favored ones. The present study makes considerations about the state model adopted by Brazil, including the kind of contradiction about such a model. Then, an analysis is made of fundamental rights, especially the right to health, the main focus of this work and its direct link with the principle of the dignity of the human being, which is the guiding principle for the realization of constitutional rights. It is also important to emphasize an analysis of the argument of the reserve of the possible, often used by the public power to justify not fully realizing the fundamental right to health. Finally, a kind of dialogue is proposed between private companies linked to the health sector with the Public Power, based on the Habermasian communicative action, for the effective realization of access to health for the general population, including minorities that are waiting for Public policies that prove to be ineffective, which is often confirmed by the increasing number of lawsuits that have been proposed for realization of acts and rights already guaranteed by the Federal Constitution, but they do not occur due to lack of public budget.

Keywords: Theory of Communicative Action. Brazilian State Model. Right to Health. Effectiveness. Reservation of Possible.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal (ou)
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PIB	produto interno bruto
PLC	Projeto de Lei da Câmara
PLP	Projeto de Lei da Câmara Complementar
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	MODELOS DE ESTADO	13
2.1	ESTADO LIBERAL	14
2.2	ESTADO SOCIAL	18
2.3	MODELO BRASILEIRO DE ESTADO	24
3	DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	28
3.1	EFETIVIDADE E APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS SOCIAIS	33
3.2	A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	37
3.3	O DIREITO À SAÚDE	42
4	O ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO ÓBICE À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	54
4.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESERVA DO POSSÍVEL	55
4.2	CONCEITUAÇÃO DE RESERVA DO POSSÍVEL	58
4.3	RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL	61
4.4	A JUDICIALIZAÇÃO POR AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE NO DIREITO À SAÚDE	62
5	A SUPERAÇÃO AO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL BASEADO NA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA	69
5.1	RESPONSABILIDADE SOCIAL	70
5.2	TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS	75
5.3	DIÁLOGO ESTADO – EMPRESA PARA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	81
5.3.1	RELATO DE CASO A – HOSPITAL EM SALVADOR/BA	84
5.3.2	RELATO DE CASO B – PARCERIA COM HOSPITAIS PARTICULARES EM SÃO PAULO/SP	86
6	CONCLUSÃO	87

REFERÊNCIAS.....	90
ANEXOS.....	98
ANEXO A – O Hospital do Subúrbio mostra que o governo não precisa gastar mais para oferecer um atendimento de qualidade à população.....	99
ANEXO B – Doria enfrenta seu primeiro desafio na saúde: acabar com a fila dos exames.	103

1 INTRODUÇÃO

Um assunto que vem sendo discutido com grande repercussão na atualidade diz respeito à escassez de recursos públicos e a chamada “reserva do possível”, como argumentos estatais que se contrapõem à necessidade de conceder aos cidadãos os direitos sociais postos constitucionalmente, o mínimo existencial que lhes cabe, em especial, o direito à saúde.

A reserva do possível tem sido objeto de estudo pelos doutrinadores brasileiros, principalmente, por Ingo Wolfgang Sarlet, que trabalha com a dimensão tríplice da reserva do possível, dizendo que devem ser considerados para sua atribuição: a existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em função da distribuição de receitas, bem como competências federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; a razoabilidade daquilo que está sendo pedido.

Por este motivo, tem sido crescente a demanda dos cidadãos por tutela jurisdicional, visando a obrigar o poder público a efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1.988. O aumento deste tipo de demanda judicial deve-se ao fato de direitos sociais dependerem, via de regra, de políticas públicas e de orçamento do Estado. A omissão do Estado e a não concretização de ações afirmativas que atendam a necessidade premente de saúde, entre outros direitos fundamentais dos cidadãos, viola a dignidade da pessoa humana.

A maior consequência advinda da escassez de recursos consiste no fato de o Estado se ver obrigado a fazer escolhas, ocasionando preterições de uns em relação a outros. Dizer que os direitos sociais possuem custos elevados em um cenário de crise de recursos públicos não significa dizer que não devam ser efetivados, nem que atender a uma pessoa signifique prejudicar a outras, mas apenas que a análise jurídica não pode ignorar as consequências econômicas e distributivas da concretização de direitos, o que requer melhor análise e programação política.

Com base nas premissas expostas, o objetivo principal do presente trabalho consiste em buscar alternativas de melhoria ao atendimento e efetividade de direitos fundamentais, no que diz respeito ao direito à saúde de particulares que, muitas vezes, obrigam-se a buscar uma tutela jurisdicional para que tenham seus direitos atendidos, causando um grande transtorno ao poder público, o qual possui orçamento limitado.

Para alcançar este objetivo, o presente estudo vale-se de pesquisa qualitativa, através de levantamento bibliográfico em livros, artigos e na *web* que tratam do assunto proposto para o trabalho, o que se justifica pela relevância do tema.

Para iniciar o caminho percorrido até a Conclusão, faz-se uma análise do atual modelo de Estado brasileiro, que por vezes se apresenta como Estado Democrático de Direito, por vezes como Estado Social, garantidor de direitos e, ainda, incentiva o livre mercado, tendo características de Estado Liberal.

Na sequência, o estudo traz apontamentos acerca dos Direitos Fundamentais, especificamente sobre o direito à saúde e sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este elemento balizador de todos os demais direitos. No mesmo capítulo é feita uma apresentação da dificuldade de efetivação de tais direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1.988, pela falta de orçamento do Estado, justificada pela denominada reserva do possível e sua contraposição com o mínimo existencial, que não pode ser ignorado pelos governantes.

Posteriormente, faz-se um estudo acerca do argumento da reserva do possível, sua origem histórica, como começou a ser utilizada no Brasil, sua conceituação, bem como quais prejuízos para a área da saúde a aplicação de tal argumento ocasiona.

Por fim, propõe-se um diálogo partindo da responsabilidade social - principalmente de empresas ligadas ao ramo da saúde, como hospitais, empresas de medicamentos, entre outras – envolvendo Estado e particulares, este baseado na ação comunicativa habermasiana, para a efetiva concretização e efetivação de um direito indispensável e necessário a todos.

Apresenta-se ainda a judicialização que a falta de efetividade tem causado e como tem se apresentado a jurisprudência a respeito das demandas por saúde.

Concluindo, mostra-se que o déficit orçamentário no País se trata de uma questão política, já que a implementação de políticas públicas depende de decisões exclusivamente de um plano governamental.

Busca-se demonstrar que a situação difícil que a saúde apresenta atualmente possa ser amenizada caso o Poder Público e as empresas privadas sejam aliados, uma vez que a responsabilidade social com os direitos dos cidadãos pode ser compartilhada por Estado e empresariado, com vantagens para todas as partes envolvidas.

2 MODELOS DE ESTADO

Importante conceituar Estado para o início da discussão acerca dos modelos de Estado, sendo que se trata de um ente político e por conta disso se embasa em uma lógica de atuação específica.

Na antiguidade o Estado era chamado pelos gregos de *polis* e pelos romanos de *civitas*. Estado nada mais é do que a denominação política de um espaço territorial conhecido por país, que precisa ser organizado e estruturado para agrupar e facilitar a vida de seus habitantes, a sua população.

Há teorias que consideram o nascimento do Estado juntamente com o surgimento do homem na terra, há quem acredite que o Estado se formou mais tarde, quando a evolução humana formou os clãs e as tribos, ou apenas na Modernidade, quando os homens já detinham alguma noção da necessidade de uma organização soberana com poder sobre determinado espaço, habitado por um povo definido por suas características e obediência ao poder máximo (MARUM, 2010, p. 1).

Ainda de acordo com MARUM (2010, p. 2), a palavra Estado, conforme descreve o italiano Nicolau Maquiavel, se inspirou no termo *status* para projetar uma sociedade politicamente organizada. Hoje, pelo mundo afora, a grande maioria dos humanos continua vivendo sob o comando de uma instituição estatal organizada, necessária à medida que cresce a população, bem como aumentam suas necessidades de desenvolvimento.

Para AZAMBUJA, (2008, p. 35) o Estado seria uma “organização política e jurídica de uma sociedade para realizar o bem público, com governo próprio e território determinado”. Por mais que não seja possível prescindir da figura do Estado para organizar e reger a vida dos cidadãos de um país, a humanidade busca sua quota de autonomia e liberdade, almejando se sentir atuante e respeitada na sua própria história.

Os dois paradigmas mais bem sucedidos materializados pelo Direito no Estado, que até hoje concorrem entre si, são o modelo liberal nascido da burguesia com a Revolução Francesa e o Direito promovido pelo Estado social, paternalista e intervencionista. Contudo, para Habermas (1998) *apud* NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (2008, p. 34), existe a possibilidade de desenvolvimento, além dos dois, de um paradigma procedimental de Estado, uma vez que

esses modelos por demais concretos de organização social não só não encontram mais respaldo no funcionamento efetivo das sociedades como não se coadunam com o processo cada vez mais intenso de pluralização das formas de vida, processo iniciado com a passagem para a modernidade e que tende a se aprofundar.

É imprescindível então que as possibilidades políticas e jurídicas favoreçam toda a sociedade, não uma parcela dela em detrimento das demais.

2.1 ESTADO LIBERAL

O modelo de Estado vem apresentando fases distintas no decorrer da História. Na primeira fase, reconheceu-se o Estado Liberal, também conhecido como Pré-modernidade, período em que o aparato estatal oferecia para seus cidadãos apenas funções básicas como justiça, segurança e alguns serviços burocráticos essenciais.

Na virada do século XIX para o século XX, intensificou-se a participação política e a garantia aos direitos individuais, o objetivo principal era proteger as pessoas do autoritarismo do Estado. Somente mais tarde o Estado passou a tomar para si muitos outros encargos, expandindo sua atuação, inclusive no sistema financeiro, e foi se tornando o modelo de Estado Social, que se propõe paternalista e interventor, muitas vezes com nuances populistas.

Antes de prosseguir com a exposição das características principais do Liberalismo é necessário frisar que os dois grandes modelos (ou teorias) de Estado, Liberal e Social, não têm ligação direta com os sistemas de governo de Democracia e Socialismo, nem mesmo com a doutrina Marxista, embora suas características possam às vezes se confundir.

Para João Luiz Martins Esteves (2006, p. 73), a diferença fundamental é que o modelo Liberal não trata da melhoria coletiva da qualidade de vida, e sim da preocupação da defesa individual com relação ao Estado.

O liberalismo é a doutrina que apregoa a livre iniciativa, a propriedade privada, a não intervenção do Estado na economia e a livre concorrência, até por isto muitas vezes se confunde historicamente com o capitalismo, que é o sistema econômico que atende este ideal. O ponto culminante do liberalismo, como bem sintetiza o modelo Liberal de Estado, é enxergar que a liberdade econômica faz parte do conceito de liberdade ampla buscada pelos indivíduos, inclusive quando ocorre a intervenção

Estatal.

A filosofia do Liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant constitui a divisão de poderes do Estado, “técnica fundamental dos direitos da liberdade”, que veio limitar a soberania estatal, pois precisava se contrapor à onipotência do governante um sistema infalível de garantias, ao se separar os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de maneira que os poderes se vissem contidos, de acordo com a ideia de que “o poder detém o poder” (BONAVIDES, 2001, p. 44 - 45).

A separação dos poderes não servia apenas a uma forma de governo. Foi criada, em suma, como teoria do Estado Liberal, podendo servir ao Monarquismo ou à Democracia, por ser, em sua essência, “técnica acauteladora dos direitos do indivíduo perante o organismo estatal” (BONAVIDES, 2011, p.45), já que o Liberalismo é voltado para a liberdade criadora do indivíduo dotado de razão e capacidade.

O Liberalismo é individualista e tem por princípio erguer obstáculos à tendência monopolizadora do poder, além do dever de reprimir injustiças contra os indivíduos. Em um Estado autoritário, diferentemente do Estado Liberal, não ocorre a devida distribuição de poder, que se concentra nas mãos de uma pessoa ou de uma classe preponderante (BONAVIDES, 2001, p. 45 - 46).

A liberdade é o maior valor da teoria do Estado Liberal. Para Alfred Vierkandt (1921, p. 99) *apud* Paulo Bonavides (2001, p. 59 – 60), o merecimento que se pode atribuir ao liberalismo é “o fato de haver reconhecido na liberdade o problema essencial da ordem política, tomando posição ao redor do valor da personalidade”. Todavia, Vierkandt acentua que o que importa na liberdade é o modo de utilizá-la, é o que se há de fazer com ela.

Só tem valor a liberdade como condição prévia, como base de um procedimento ativo e criador, mediante o qual o Homem, sem o estorvo de qualquer pressão estranha, e sem o encadeamento de uma baixa paixão, siga as suas próprias aptidões (VIERKANDT, 1921, p. 99 *apud* BONAVIDES, 2001, p. 60).

Os liberalistas são favoráveis ao Estado Mínimo ou Minarquismo, que é um sistema de governo utilizado quando o Estado se incumbe apenas dos papéis essenciais da administração pública, concedendo aos cidadãos liberdade de ação na área econômica.

Ao contrário, quando o Estado diminui a liberdade econômica e interfere na

livre iniciativa de seus governados, instala-se o intervencionismo, que é a principal crítica dos liberais ao Estado Social.

Para a teoria Liberal, um Estado intervencionista é aquele que afeta a vida dos cidadãos, aquele que coloca a atuação estatal como agente protetor, defensor social e organizador da economia. O contrário do intervencionismo é o Minarquismo¹, ou Estado-mínimo. Ao se defender a interferência mínima do Estado na vida e na economia dos cidadãos, o primeiro pensamento que ocorre é a defesa da liberdade do indivíduo, essencialmente na busca que cada um pode empreender para determinar sua vida financeira, no afã de alcançar ascensão econômica e social.

Mas liberdade não é apenas a situação ideal de gerir sua própria vida e sua independência econômica, ou de trabalhar para alguém em troca de remuneração, não por subserviência. A palavra liberdade significa o conjunto de todas as liberdades: “liberdade de consciência, de ensino, de associação, de imprensa, de locomoção, de trabalho, de iniciativa. Em outras palavras, o franco exercício, para todos, de todas as faculdades inofensivas” (BASTIAT, 2010, p. 42). Liberdades previstas na Constituição Federal, nos artigos 5º, 6º e 170.

O economista Ludwig von Mises foi um dos defensores da liberdade econômica como fundamento para a liberdade individual. Ele semeou a ideia de que, por conter um conceito sociológico, “liberdade é a oportunidade concedida ao indivíduo pelo sistema social para que ele possa modelar sua vida conforme sua própria vontade” (MISES, 2010, p. 107).

O fato de a economia de mercado recompensar com riqueza aqueles que são capazes de servir bem aos que consomem seus produtos e serviços não representa danos a ninguém, assim como trabalhar para quem é muito rico não diminui a liberdade das pessoas que são pobres. Ao contrário, pode gerar oportunidades de trabalho bem remunerado e de crescimento. O capitalismo oferece oportunidades pela meritocracia, pois “quem quiser ser bem sucedido, qualquer que seja o sistema social, terá que vencer a apatia, o preconceito e a ignorância” (MISES, 2010, p. 107).

Ludwig Von Mises (2010, p. 109) propagou a ideia de que o intervencionismo pode não excluir toda a liberdade dos cidadãos mas a diminui, com suas medidas que

¹Teoria política que prega que a função do Estado é assegurar os direitos negativos da população, ou seja, impedir a coerção física da população. As funções do Estado seriam a promoção da segurança, da justiça e do poder de polícia, além da criação de legislação necessária para assegurar o cumprimento destas funções (CAPELLA, 2014, p. 1).

restringem a atividade econômica. O liberalismo defende a ideia que um planejamento econômico de um Estado intervencionista não consegue organizar o progresso, pois esse não se submete a controle. Todavia, o capitalismo, com a liberdade concedida aos empreendedores, tem a vantagem de não colocar barreiras intransponíveis para que o progresso aconteça.

Sem desconsiderar que “o Estado é necessário para evitar e resolver conflitos internos e para atuar coercitivamente como uma unidade frente ao exterior”, Francisco Capella (2014, p. 2) expõe a validade do que pretende a corrente defensora do Estado mínimo:

O minarquismo defende um Estado limitado, o mínimo necessário para as funções de segurança e defesa (externa e ordem interna) e para a provisão ou gestão de outros bens públicos (especialmente a legislação, justiça, relações exteriores, infraestrutura). Sem este governo mínimo imprescindível para uma organização coletiva estável, qualquer grupo humano deixará de existir como unidade autônoma, seja por desintegração através de desordens internas (conflitos não resolvidos, parcialidade ou poder coercitivo insuficiente, guerra de todos contra todos) ou por invasão e conquistas vindas de fora.

Para os defensores do Minarquismo é necessário que o Estado estimule o surgimento e a manutenção de empresas privadas, através da desburocratização e de regulamentações que simplifiquem a criação de empreendimentos. O crescimento de iniciativas privadas gera maior concorrência e melhores serviços prestados à população. Se a cobrança de impostos for diminuída, crescem os investimentos particulares e diminui a dependência do Estado para prestação de serviços.

A concorrência entre as empresas traz melhoria na qualidade dos serviços e produtos, redução dos preços, além de queda do desemprego crescente em tempos atuais e eleva os salários, pela maior procura de mão-de-obra especializada.

O estatismo (intervenção intensa do Estado) deixa a máquina governamental burocrática, centralizadora, com milhares de atuações, o que facilita a má gestão, os déficits, desvios públicos, a corrupção e o totalitarismo.

Ao considerar esta realidade preocupante, a corrente minarquista defende a redução do domínio estatal até chegar ao ponto de sua atuação se restringir ao estritamente necessário, como segurança nacional, controle de fronteiras, construção de estradas, legislação e fiscalização das normas públicas.

2.2 ESTADO SOCIAL

O Estado Social prevê que o Direito vise o ser humano e as garantias inerentes a ele, a distribuição justa de renda e de bens. Algumas pessoas entendem que isto só será possível em regimes democráticos, outras pessoas creem que justa distribuição só se fará no socialismo. O importante é que o âmago da Teoria Social seja a “supremacia dos interesses e direitos coletivos” (AGUIAR, 2011, p. 4).

Para Marcos Pinto Aguiar (2011, p. 5) não importa se o termo é humanização do direito, democratização ou socialização. O importante é que o pensamento jurídico esteja evoluindo para o respeito maior dos interesses coletivos sobre os individuais, e para a necessidade de se conciliar a liberdade dos indivíduos com justiça social.

Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 49) corrobora com a ideia essencial de se promover justiça social, ao afirmar que

A síntese da Teoria Social do Estado, que tem como ideal um Estado social comprometido com a realização da denominada justiça social, “não busca substituir o Estado capitalista por um de outro tipo, mas tão-somente torná-lo palatável, diminuindo sua índole de mau distribuidor da riqueza produzida.

Paulo Bonavides (2001, p. 166 – 173) atribui a caminhada para a Teoria Social do Estado ao pensamento de doutrinadores como Jean-Jacques Rousseau e Karl Marx. O primeiro, ao dizer que a democracia como ação política já não se apresenta fragmentária, não distingue classes e pertence a todos. Já o Manifesto Comunista de Karl Marx abalou o Século XX, ao condenar implacavelmente os vícios do capitalismo, a necessidade imperiosa de mudanças drásticas para se alcançar uma sociedade igualitária.

Por conseguinte, a doutrina do Estado Social vale-se tanto dos ideais de um doutrinador quanto do outro, porque ambos buscam a sociedades igualitárias, embora por vias distintas. Porém, “visto o marxismo em toda sua extensão e no seu programa de combate pela transformação social, não há lugar para a democracia de Rousseau, como instrumento de ação política”. Rousseau atende melhor aos preceitos de estabelecimento de um Estado Social, exatamente ao afirmar que é possível um socialismo moderado, por via democrática, através de teoria política e esforços comuns (BONAVIDES, 2001, p. 174 – 175).

O Estado Social possui certas vantagens e é importante para diminuir

desigualdades sociais e proteger os indivíduos hipossuficientes. Contudo, também possui falhas, em especial: a solução definitiva dos problemas sociais ser uma promessa impossível de cumprir, a dependência de algumas pessoas a programas sociais, o populismo, os votos de reféns do paternalismo, o alto custo social. Um dos maiores riscos de falha do Estado Social, de acordo com Jorge Luiz Soto Maior *apud* Marcos Pinto Aguiar (2011, p. 5), acontecerá

quando percebermos que a economia, de forma generalizada, não suporta mais os custos do direito social e o que terá ocorrido não será a constatação da falácia dos direitos sociais (pela consideração de ser uma promessa inatingível), sim o fim do próprio modelo.

O Estado, ao assumir a teoria social, foi acrescentando alguns papéis econômicos ao seu domínio e passou a ser distributivista (ou paternalista), com a intenção de amparar as pessoas mais prejudicadas pelo progresso econômico e atenuar certas distorções do mercado. Neste interím surgiram novos conceitos da função social da empresa, bem como novas garantias trabalhistas (BARROSO, 2002, p. 201).

Para solucionar conflitos e abusos gerados pelo modelo Liberal de Estado, introduziu-se, esporadicamente, organismos estatais para atender a população. Entretanto, o intervencionismo só foi se tornando maciço a partir da consolidação da Teoria Social do Estado em Estado do Bem-estar Social, modelo que veio para tentar melhorar as condições de vida dos cidadãos, e com isto aumentou sua atuação em muitos outros serviços que antes não eram de atribuição do governo. Inclusive, em serviços que poderiam perfeitamente continuar sendo geridos pela iniciativa privada, sem prejuízos sociais e econômicos.

Para Ludwig Von Mises (2009, p. 50) “intervenções geram uma reação em cadeia que demanda mais intervenções”. Quando ocorrem falhas nos planos governamentais o Estado joga a culpa nas crises econômicas mundiais, no capitalismo e em outros diversos fatores, ignorando que a causa pode estar na sua própria interferência na economia, na sua inabilidade e ineficiência para lidar com múltiplas atribuições. Acontece que para tentar solucionar os problemas em entidades que ele criou e administra, o Estado acaba tendo que realizar novas intervenções.

A Constituição Federal de 1.988 consagrou uma economia descentralizada de mercado, ao determinar, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, em

seu Art.1º, IV “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Além disto, a CFRB/88 declara no seu artigo 5º, XIII, que é “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, o que é reforçado pelo inciso XVIII do mesmo artigo, ao conjugar a liberdade empresarial com a liberdade de associação, no sentido de propiciar a organização de empresas e de sociedades.

De acordo com João André Ferreira Lima (2015, p. 2), a discussão sobre a “intervenção estatal no domínio econômico é matéria recorrente nos dias atuais, tendo em vista a conjuntura econômica globalizada, à qual todos os países se sujeitam”. Portanto, se precisa entender que “a intervenção direta do Estado no domínio econômico é caracterizada como a forma em que o ente estatal tem a legitimação para atuar numa esfera em que a iniciativa privada naturalmente regula”.

A exemplo da Constituição de Weimar, de 1919, na qual os alemães inseriram, pela primeira vez, princípios de ordem econômica no bojo do texto constitucional, o Brasil também pode considerar a CRFB/88 como uma Constituição Econômica.

No Brasil, em tese, adotou-se os fundamentos da livre iniciativa e da valorização do trabalho, além de outros princípios ligados à liberdade e à dignidade da pessoa humana, premissas que permitem deduzir que há limitada intervenção estatal na economia e que o Estado deve agir nas atividades econômicas apenas como fator de exceção. Isto se depreende da interpretação dos artigos 170, 173 e 174 da Constituição Federal.

Fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, o artigo 170² corrobora com a liberdade privada na economia, pois tem entre seus princípios a livre concorrência, regra elencada no inciso IV.

Na realidade, o Estado age tanto de forma direta quanto indireta na economia, sendo a forma indireta a que mais se coaduna com os princípios democráticos. Pode-

²Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

se verificar as formas de atuação direta ou indireta do Estado com a leitura dos artigos 173 e 174 da Constituição Federal.

O artigo 173³ consagra os fundamentos de valorização do trabalho humano e de livre iniciativa ao estabelecer que “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

A permissão prevista no Art. 173 da Constituição Federal demonstra a forma de o Estado agir de forma direta no campo econômico, por intermédio de empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária. João Bosco Leopoldino da Fonseca (2004, p. 281) clarifica que, nestes casos, o ente público exerce operações mercantis e passa a “atuar como empresário, comprometendo-se com a atividade produtiva, quer sob a forma de empresa pública, quer sob a forma de sociedade de economia mista”. O Estado pode também intervir, de maneira mais ostensiva, ao assumir a gestão de uma empresa privada, passando a dirigi-la, se entender que esta intervenção é de interesse social. Já o artigo 174⁴ prevê uma postura estatal de agente normativo e regulador, pois lhe cabe “as funções de

³Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. § 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade. § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

⁴Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. § 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Esta é a forma indireta de intervenção na economia e a que se ajusta mais adequadamente aos moldes democráticos.

Alexandre de Moraes (2010, p. 120) assevera que o Estado, apesar de ter consagrado constitucionalmente uma economia descentralizada, está autorizado a intervir no domínio econômico, de forma indireta “como agente regulador e normativo, cabendo-lhe a função de fiscalizar, incentivar e planejar iniciativas do setor privado no mercado, sempre observando os princípios constitucionais da ordem econômica”.

Para intervir de maneira indireta na economia nacional o Estado utiliza-se das Agências reguladoras, que visam a concretização e proteção de princípios elencados na Constituição Federal. Ao fiscalizar, regular e fomentar políticas econômicas que visem abusos praticados no mercado econômico, o Estado estará protegendo a dignidade da pessoa humana e possibilitando a livre iniciativa.

Ao intervir indiretamente na economia, conforme o estabelecido pelo Art. 174 da Constituição Federal, o Estado atua de forma a exigir que o mercado deva agir da maneira como dispõem normas constitucionais e infraconstitucionais. Desta forma, o Estado não visa lucro, mas, sim, o efetivo cumprimento das normas, objetivando o bem comum e a justiça social.

Pela análise destes artigos depreende-se que a Constituição Federal de 1.988 apresenta uma mistura de valores provenientes de correntes liberalistas e socialistas. Isto se pode observar na redação do próprio artigo 170, que ressalta a livre concorrência no inciso IV, como um princípio, enquanto que o *caput* deste mesmo artigo denota o fundamento do caráter social do Estado ao determinar que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

No que diz respeito à fiscalização, é papel do Estado fazer cumprir o parágrafo 4º do artigo 173 da CRFB/88, o qual determina que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

O Estado pode interferir de forma mínima na economia de mercado e na iniciativa do trabalhador e do empreendedor, executando alguns poucos serviços essenciais à população e atuando no âmbito da regulação, através de fiscalização, incentivo e planejamento.

Como incentivo, entenda-se a discricionariedade que o Estado possui para reduzir tributos ou outras receitas com a finalidade de estimular criação de empresas que tragam benefícios para a área social, e também para criar fomentos aos bancos de desenvolvimento como o BNDES – Bando Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (LIMA, 2015, p. 4).

Ao realizar atividades econômicas que lhe são apropriadas para prestação de serviço público, industrial ou comercial, o Estado se sujeita ao Art. 175 da Constituição Federal, que assim determina:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Muito embora as políticas públicas tenham um custo muito alto e sejam de difícil controle, são indispensáveis, pois devem servir à inclusão e à ascensão das classes sociais mais carentes em condições de vida baseadas na dignidade da pessoa humana.

2.3 MODELO BRASILEIRO DE ESTADO

A Constituição Federal de 1988 mantém em seus princípios característas de um modelo de Estado liberal, apresentando fundamentos de uma economia capitalista e também positiva políticas públicas sociais como direitos do cidadão e dever do Estado para com a sociedade, trazendo também características de Estado social.

Após uma análise do sistema constitucional brasileiro é inegável a influência do dirigencialismo lusitano de 1976 (OLSEN, 2008, p. 249), por ter acrescentado a Lei Fundamental pátria de direitos fundamentais sociais e instrumentos em prol do atingimento destes.

Outra importante premissa a ser ressaltada é a crise inflacionária que os anos de 1980 trouxeram, sendo que na década seguinte houve uma forte crítica ao Estado

brasileiro e sua presença exagerada no sistema produtivo e os altos gastos públicos (ROSSINHOLI, LAZARI, 2011, p. 299).

A Constituição Federal de 1988 combinou fundamentos típicos do liberalismo, além de criar e expandir diversos benefícios sociais, com viés social ao instituir no artigo 6º direitos como “a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social”. O salário mínimo foi unificado a nível nacional e passou a ser vinculado como piso dos benefícios previdenciários, como também defende a livre iniciativa em seu artigo 170.

O que se nota na atual Constituição é que, por um lado se defende a propriedade privada, a livre iniciativa e a livre concorrência, sendo estes princípios norteadores do Estado Liberal, por outro lado, se garante a busca pelo pleno emprego, a redução das desigualdades e a valorização do trabalho humano, sendo estes últimos característicos do Estado Social.

Se no Estado de Bem-Estar Social encontramos dificuldades para o custo dos direitos, no Estado Democrático de Direito defende-se o pós-positivismo consubstanciado no preenchimento das lacunas normativas, através de conhecimentos empíricos que retiram da população a ideia de segurança jurídica constitucional de regras claras advindas do “*civil law*”, adotada no Brasil.

Muito embora exista a eficácia normativa de princípios no Estado Democrático de Direito, o ente estatal busca trazer de modo abstrato o que por séculos se buscou resolver da forma mais objetiva possível. “Afim, a moral está no direito, mas não é o direito, por isso a crítica ao Estado Democrático de Direito neste ponto” (ROSSINHOLI, LAZARI, 2011, p. 299).

De acordo com Fiori,

o Estado de Bem-Estar Social, de suas variantes, teve seu auge nos anos 1950, em função de uma série de fatores, a saber: a generalização da produção no sistema fordista, levando ao crescimento; o consenso sobre as idéias Keynesianas de pleno emprego e crescimento econômico; o clima de solidariedade nacional em função do pós-guerra; o avanço das democracias e dos sindicatos; o temor dos países capitalistas ao socialismo, dentre outros. (FIORI, 1995, p. 15).

Importante ressaltar que Keynes fazia uma crítica à ideia clássica da economia, principalmente quanto a possibilidade de equilíbrio entre oferta e demanda.

Para Keynes

este equilíbrio é apenas uma das possibilidades, mas em momentos de crise os agentes econômicos poderiam optar por manter a liquidez do dinheiro e não demandar bens, o que poderia levar a continuidade da crise, sendo necessário o uso de políticas monetária e fiscal expansivas” (KEYNES, 1996, p. 76).

Conforme Arretche,

a industrialização acelerada que, ao garantir o crescimento econômico, permitia mais gastos sociais. Assim, nos países desenvolvidos o Estado de Bem Estar Social, na maioria das vezes, esteve associado a um mínimo de bens e serviços sociais que também seria responsável por garantir o ajustamento do trabalhador à nova realidade. (ARRETCHÉ, 2011, p. 01).

No momento em que o ciclo econômico se inverteu, enfrentando um período de recessão, o Estado de Bem-Estar Social enfrentou uma crise, “passando a ser visto como extenso, pesado e oneroso, o responsável central da própria crise econômica que avançou pelo mundo a partir de 1973/1975” (FIORI, 1995, p. 16).

Portanto, o modelo de Bem-Estar Social é aquele que realiza a provisão de serviços sociais à população através do próprio Estado.

Posteriormente, críticas vieram a responsabilizar o Estado do Bem-Estar Social como responsável pela estagnação dos anos 1970, e então as ideias neoliberais ganharam destaque.

A chegada da grande crise do modelo econômico do pós-guerra, em 1973, quando todo o mundo capitalista avançado caiu numa longa e profunda recessão, combinando, pela primeira vez, baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação, mudou tudo. A partir daí as ideias neoliberais passaram a ganhar terreno (ANDERSON, 1995, p. 10).

As características principais do neoliberalismo consistem em defender o livre mercado, criticar o Estado que mudou a forma de organização natural do mercado, sendo que sua ideia primordial traduz-se na oneração da produção pelo Estado. Desta forma, conseqüentemente, o que se verifica é o desequilíbrio econômico.

Com o aumento das ideias neoliberais o que aconteceu foi a diminuição de investimentos sociais, o enfraquecimento de políticas advindas do Bem-Estar Social e aumentaram as críticas ao keynesianismo. Em contrapartida, houve a diminuição de políticas sociais como uma espécie de “solução” para que o mercado voltasse a crescer.

Contudo, após a promulgação da Constituição Federal de 1.988, surgiu a ideia do Estado Democrático de Direito, com a reaproximação entre moral e direito, além de se elencar direitos fundamentais que criem condições mínimas de existência a todos.

Luis Fernando Coelho (2003, p. 219 – 221) expõe que a discussão entre conceituação, diferenças, separação ou proximidade existentes entre direito e moral envolve uma significativa controvérsia doutrinária, tendo em vista sua importância.

Segundo Coelho (2003, p. 221), no início do Século XVIII Christian Thomasius estabeleceu uma diferenciação essencial entre os preceitos jurídicos e morais, valendo-se de sua destinação. O direito tem por fim disciplinar, de forma bilateral, as relações dos homens com seus semelhantes. Mesmo que o indivíduo não queira cumprir as normas legais, pode-se exigir-lhe o cumprimento e aplicar-lhe sanções, caso não cumpra com as obrigações legais.

Ao contrário, os preceitos morais são princípios éticos, unilaterais, que tratam dos deveres da pessoa para consigo mesma. Avançando neste pensamento Immanuel Kant construiu a tese do imperativo categórico, promovendo a distinção entre moral, que se refere à própria consciência individual e ações internas do ser humano, e o direito, “disciplina que provém do exterior e se impõe à consciência”.

Todavia, esta separação absoluta entre direito e moral foi ultrapassada hodiernamente, com a teoria do mínimo ético do jurista alemão Georges Jellinek, para quem o “Direito deve ser considerado com uma espécie dentro do gênero moral, pois o Direito deve ter um mínimo de moralidade” (JELLINEK, *apud* COELHO, 2003, p. 222).

Neste sentido, Coelho (2003, p. 221 – 225) ressalta que as doutrinas de Immanuel Kant (1727 – 1804) e de Georges Jellinek (1851 – 1911), expõem dois extremos: “a separação absoluta entre a ordem ética e a jurídica, e a absorção total da segunda pela primeira”.

Miguel Reale (1991, p. 711 – 713), em meados do século passado, ponderou que, quanto mais se pretende distinguir Direito e moral, mais se tornam claras as razões de sua correlação e suas semelhanças, visto que “ligados um ao outro nas raízes mesmas do espírito”. A teoria da bilateralidade atributiva de Reale vê a eticidade como nota essencial do Direito, embora reconheça que, sob o aspecto formal, são distintos os planos da moral e do Direito, por ser o segundo dotado de coercibilidade.

A separação entre Direito e moral já foi muito estimada por doutrinadores. Porém, no final do séc. XX e início do novo milênio percebeu-se uma aproximação entre os dois, ou um resgate da ideia inicial, colocada por estudiosos de ética.

Para os adeptos da teoria crítica, o Direito precisa ser ético, precisa ter por finalidade a busca da justiça social. Esta roupagem de ética, que carrega uma imensa carga de moralidade, relaciona-se com os valores fundamentais dos sistemas jurídicos contemporâneos e com a asserção aos direitos sociais, especialmente no que tange à dignidade, liberdade e igualdade (SILVA; COSTA; BARBOSA, 2010, p. 101 – 102).

O que se observa na Constituição em vigor é que ora ela possui características de Estado Democrático de Direitos, ora de Estado Social, fator que muitas vezes leva a uma espécie de dúvida de qual modelo é adotado.

Não se pode esquecer ainda das infinitas demandas judiciais contra o Estado, sendo que inúmeras vezes este precisa fazer uma escolha, mesmo que fique de frente com questões tão absolutas quanto o direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana. Os direitos sociais possuem custos, dificultando ao orçamento público que sejam imediatamente atendidos, principalmente porque de forma individual são caros. Isto ocasiona a demanda judicial por direitos que não negados aos cidadãos. É a chamada judicialização dos direitos, em especial dos direitos sociais.

Portanto, nota-se que os legisladores optaram pela positivação de um sistema econômico capitalista e também pela construção de um ideário de proteção social descrito como Estado social.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Ultrapassada a breve análise aos modelos estatais, se faz mister uma abordagem dos direitos fundamentais, cujo aumento de sua proteção remete aos acontecimentos contra a vida humana observados, sobretudo no período pós 2ª Grande Guerra. Deste modo, observou-se uma constante positivação dos direitos humanos nos respectivos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é consequência imediata da mais violenta tragédia que assolou a humanidade no século XX. Após o encerramento da Segunda Guerra Mundial, Estados dos mais variados matizes ideológicos, de diferentes condições econômicas, de antagônicas concepções de vida, sensibilizados pela necessidade de estabelecer garantias aos direitos mais elementares das pessoas, conseguiram firmar um grande consenso sobre os temas mais importantes. (FACHIN, 2012, p. 218).

Na atualidade, a noção de direitos humanos compreende uma dimensão que se coaduna com normas internacionais, primando pela proteção à pessoa humana com um conteúdo dinâmico, capaz de fortalecer a proteção aos direitos em foco e de abranger a proteção a novos direitos relacionados.

Seguindo o mesmo raciocínio se vê que, ao longo da história, os direitos fundamentais já sofreram diversas alterações, tanto no que diz respeito ao seu conteúdo, quanto à titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direito, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta, quinta ou sexta geração (SARLET, 2006, p. 52).

Embora ocorra esta divergência doutrinária, não restam dúvidas acerca do reconhecimento progressivo da existência de novos direitos fundamentais num processo de complementariedade e não de alternância, ficando claro que o termo “gerações” não significa substituição de uma geração para outra, sendo esta a razão de alguns doutrinadores preferirem o termo “dimensão”.

Os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles:

De marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mas especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder (BONAVIDES, 1997, p.517).

É consenso doutrinário que os direitos definidos como de primeira dimensão tem como premissa fortalecer a sociedade civil e preservar a liberdade dos indivíduos em relação aos poderes do Estado. Para Pietro de Jesús Lora Alarcón (2004, p. 72 – 73), este processo de reconhecimento da liberdade do ser humano, posto em declarações ou constituições escritas, foi gerado, desde 1770, pelo raciocínio filosófico de Immanuel Kant, o qual contribuiu generosamente para o entendimento do conceito da pessoa humana. Isto ocorre porque Kant abriu espaço ao entendimento do indivíduo como ser dotado de dignidade, o que gerou não apenas reflexão política e jurídica sobre a liberdade, como também sobre a própria razão da existência humana.

Consoante Alarcón (2004, p. 73),

A pessoa humana pode ser definida como aquele ser que tem um fim em si mesmo, e que, por isso, possui dignidade, o que o diferencia das coisas, que têm um fim fora de si, que servem como simples meios para fins alheios e, portanto, têm preço.

Alarcón (2004, p. 73) ressalta ainda que a evolução nos direitos fundamentais se percebe a partir do tratamento do indivíduo como um ser “digno”, o que parte de uma consideração ética e o diferencia do tratamento dados às coisas, já que ele possui os atributos de indivisibilidade, racionalidade e *libero arbitrio*.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão possuem natureza jusnaturalista (SARLET, 2006, p.54), sendo eles o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, inclusive sendo complementados pelas liberdades coletivas.

Para Alarcón (2004, p. 77), os direitos fundamentais de primeira dimensão são direitos subjetivos, que representam direito de defesa perante o poder do Estado. “Como elemento da ordem coletiva, traduzem uma competência negativa dos poderes estatais perante o *status* do indivíduo, ainda que uma competência positiva dê respaldo à concretização desse mesmo *status*”.

Posteriormente, com o impacto da industrialização e o aumento dos problemas sociais, novos anseios foram gerados, visto que não existia efetividade plena dos direitos fundamentais vigentes. Assim sendo, em meados do século XIX movimentos para reivindicar direitos foram criados, atribuindo ao Estado participação ativa para realização de justiça social, o que ocasionou o reconhecimento dos direitos

fundamentais de segunda geração, de dimensão positiva, “propiciando ao Estado o direito de participar do bem-estar social” (LAFER, 1991, p.127).

Após os direitos de primeira geração consagrarem o combate ao absolutismo surgiu a segunda dimensão dos direitos fundamentais, que são coletivos, sociais e econômicos.

O avanço se deu, de acordo com Pietro de Jesús Lora Alarcón (2004, p. 79), depois da terceira década do século XX. Os Estados liberais passaram a consagrar aos cidadãos os direitos sociais ou direitos fundamentais de segunda geração, o que representou “uma franca evolução na proteção da dignidade humana”.

Os direitos de segunda geração não são apenas em face do Estado, mas no sentido de o cidadão “ter parte” no direito das prestações estatais, subordinadas à reserva do que é possível ser cumprido pelo poder público, de acordo com a situação econômica. Esta afirmação expressa uma natural e constante dicotomia entre o direito declarado e o possível de ser realizado (ALARCÓN, 2004, p. 79).

Os direitos de segunda geração caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo, em tese, direitos a prestações estatais como assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros direitos e ainda a liberdades sociais, como sindicalização, direito de greve, férias, etc. (SARLET, 2006, p. 55).

Os direitos fundamentais de terceira geração, ainda denominados direitos da solidariedade ou direitos da fraternidade, trazem como característica principal o fato de não estarem atreladas ao ser humano de forma individual, destinando-se à proteção de grupos (BONAVIDES, 1997, p. 523). Outra característica desta geração de direitos refere-se ao fato de que muitas vezes não é possível mensurar o número exato de pessoas protegidas por eles, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ou à qualidade de vida.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais, no entendimento de Pietro de Jesús Lora Alarcón (2004, p. 81), aponta a tendência de

alargar a noção de sujeito de direitos e do conceito de dignidade humana, o que passa a reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de progressos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas, em termos de uso de informática, por exemplo, ou com ameaças concretas à cotidianidade da vida do ser em função de danos ao meio ambiente ou à vantagem das transnacionais e corporações que controlam a produção de bens de consumo, o que se desdobra na proteção aos consumidores na atual sociedade de massas.

Essa tendência humanística revigora a ideia de que a dignidade humana é o fundamento de documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e que precisa ser o eixo condutor nas análises jurídicas e dos planos estatais (ALARCÓN, 2004, p. 100).

Reconhece-se, ainda, a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais. Paulo Bonavides faz referência à existência de tal dimensão sustentando que

este é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Esta quarta geração é composta pelos direitos à democracia e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo (BONAVIDES, 1997, p. 524).

Veja-se o entendimento de Sarlet a respeito:

As ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental (SARLET, 2006, p. 67).

Após profunda análise, Alarcón (2004, p. 100) concorda que se vive a era de uma quarta geração de direitos, na qual a função primordial do Direito é amparar a vida, sempre na busca pela dignidade do ser humano, seguindo as constantes modificações dos sistemas éticos e jurídicos, decorrentes de mudanças de comportamentos, de novas fontes de tecnologia, de transformação vertiginosa na genética.

Tais gerações de direitos reforçam o ideal de um conceito dinâmico, ou seja, os direitos fundamentais não se limitam apenas aos já postos, mas sim admitem uma eventual expansão de seus conceitos, para abranger novas necessidades do ser humano.

Ademais, os direitos, além da possibilidade de poderem ser exigidos individualmente, abarcam hoje uma dimensão extensiva a grupos de pessoas. A evolução das dimensões do direito permitem hoje se pensar também em direitos coletivos e difusos, que vem agregar ao rol dos direitos humanos já existentes de maneira privada, para atender novas necessidades de um número maior de pessoas,

especialmente no que se refere à proteção do meio ambiente e à qualidade de vida.

No tocante aos direitos fundamentais, os mesmos podem ser entendidos como uma positivação dos direitos humanos, geralmente defendidos em tratados internacionais, ou, como no caso do Brasil, uma constitucionalização de direitos fundamentais. A relevância da defesa dos direitos fundamentais se eleva no período pós Segunda Guerra Mundial, diante das terríveis violações à integridade física e moral sofridas naquele período.

Os princípios constitucionais fundamentais, segundo José Afonso da Silva, não são de fácil conceituação. Para tanto, o doutrinador recorre às lições de Gomes Canotilho e de Vital Moreira, para quem, ao relevar a sua importância capital no contexto da Constituição que os consagra, os direitos fundamentais “constituem, por assim dizer, a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente conduzidas” (SILVA, 2007, p. 94).

Dentre os direitos fundamentais este trabalho ressalta a importância dos direitos sociais, visto sua ligação ao acolhimento de igualdade real e condições compatíveis com o exercício efetivo da liberdade.

Para José Afonso da Silva (2007, p. 286 – 287), os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem,

são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

João Luiz M. Esteves (2007, p. 47 – 54), expõe que as teorias sobre os direitos fundamentais sociais, bem como os compromissos assumidos com a concretização destes direitos, encontram maiores possibilidades ou obstáculos, a depender da jurisdição constitucional do Estado do qual emanam os normativos sobre tais direitos.

O modelo de jurisdição albergado pela CF atual traz o modelo adotado pelo Estado brasileiro na tarefa de assegurar e efetivar os direitos fundamentais sociais. O disposto no Art. 5º, §1º demonstra a urgência que o Estado pretendeu auferir ao atendimento das necessidades básicas dos cidadãos, ao estabelecer que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Entretanto, ainda de acordo com Esteves (2007, p. 48), é usado o argumento da reserva do possível para a dificuldade de concretizar os direitos fundamentais sociais.

3.1 EFETIVIDADE E APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS SOCIAIS

Traçando um paralelo entre a Constituição Federal de 1.988 e o direito constitucional positivo anterior, nota-se que a atual Carta trouxe mudanças importantes no que se refere aos direitos fundamentais. No atual sistema brasileiro o tema ganhou grande relevância, sendo este o resultado de um longo processo de discussão, marcado pela redemocratização do país, após um período de ditadura militar.

O Título II da vigente Carta Magna demonstra garantias e direitos fundamentais como sendo inerentes à condição humana, inegociáveis e intransferíveis. Tais direitos representam bens jurídicos, e as garantias constitucionais destinam-se a assegurar a execução e o gozo desses bens.

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos [...] (MORAES, 1991, p. 29).

Sendo assim, cotidianamente, a legislação visa garantir o cumprimento das leis e a proteção dos direitos, sendo as garantias os instrumentos para efetivação de tais direitos. O artigo 5º, Título II, incisos XXV, LIII, LV e LX são garantias fundamentais gerais e garantias fundamentais específicas. Portanto, as normas que regulamentam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata e não dependem de lei ulterior.

A efetivação dos direitos fundamentais sempre esteve ligada à luta pela democracia, sendo esta vista como a existência de condições sociais aos cidadãos e sua participação na vida política da sociedade e do exercício do governo.

No entanto, com o aumento da exclusão sócio econômica, da grande fragilização das instituições estatais e ainda com o enorme fortalecimento de poder econômico de determinados grupos em virtude da globalização, vive-se uma grande problemática no denominado Estado Social e Democrático de Direito. Consequentemente, pode-se evidenciar o aumento da crise de implementação mínima de padrões de justiça social.

O “custo de oportunidade social” é muito alto. Cada instante que transcorre sem políticas sustentadas de investimento em educação e saúde, sem revisão da equidade, sem serviços públicos sociais eficientes e de alta qualidade, significa duros impactos regressivos nas condições básicas de vida de extensos e sofridos setores do mundo em desenvolvimento e a prolongação de uma exclusão social injustificável (KLISBERG, 2002, p. 86 - 87).

O que se nota diante da crise de identidade atravessada pelo Estado Social é que existe uma problemática no que tange à efetividade de direitos sociais. Inclusive, segundo Ingo Wolfgang Sarlet “já se cogitou mencionar que estamos vivendo um verdadeiro mal-estar constitucional e um pessimismo pós-moderno” (SARLET, 2006, p. 313). Ou seja, há sensação de insegurança jurídica, pois os direitos não são plenamente efetivados.

A discussão ultrapassa as esferas política, social, econômica e jurídica, sendo este um debate que preocupa a humanidade como um todo, seja pela manutenção de seu padrão de vida ou por sua sobrevivência.

Há de se ressaltar que a crescente insegurança no âmbito da seguridade social decorre de uma demanda cada vez maior por prestações sociais, principalmente em sociedades nas quais a principal característica consiste no aumento da exclusão social, além de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade (SARLET, 2006, p. 315).

Analisando-se o quadro descrito no parágrafo acima surge a indagação a respeito da segurança social, confrontando-se ainda a segurança jurídica e a garantia de uma existência digna para toda a população, o que de longe se vê, não existe.

Nota-se, neste cenário, que se vivencia uma espécie de supressão e restrição de direitos fundamentais, observado pelas atuais propostas de reformas trabalhista e da previdência, conforme amplamente veiculado nos meios de comunicação nacionais.

Muito embora este problema assale o mundo inteiro, é evidente que no Brasil as consequências são desastrosas, como já mencionado, por se tratar de um país com grande dimensão territorial e particularizado pela diferenciação social e regional, ou seja, são notórias as elevadas distorções no que concerne à distribuição de renda.

A Constituição Federal de 1.988 prevê que direitos sociais sejam garantidos através de ações concretas por parte do Estado, contemplando a implementação das

políticas públicas. Pelo mencionado acima, muitas vezes a efetivação de direitos fundamentais dá margem a inúmeras ações judiciais, sobrecarregando cada vez mais o Judiciário.

Os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas, são direitos exigíveis e justificáveis, ou seja, podem ter sua aplicação forçada através do Poder Judiciário. É o que os constitucionalistas chamam de “dimensão subjetiva”, expressão que simboliza a possibilidade de os direitos fundamentais gerarem pretensões subjetivas para os seus titulares, reivindicáveis na via judicial (MARMELESTEIN, 2008, p. 289).

O princípio da proibição do retrocesso social exige que positivado um direito, este não pode ser eliminado ou anulado. Caso o Estado se veja obrigado a tomar qualquer decisão que restrinja tais direitos, deverá criar medidas alternativas que compensem a vedação do retrocesso.

[...] Pressupõe-se que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é, frequentemente os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. (SOUZA NETO, 2003, p. 370).

No Brasil, pelo não desenvolvimento da proteção social, no sentido de um Estado de Bem-Estar Social, surge como consequência a precariedade das políticas públicas em geral, sendo esta aprofundada pela política econômica e social de enxugamento do Estado.

O desafio atual consiste na efetivação dos direitos sociais, através de políticas públicas de qualidade, com um planejamento mais eficiente.

A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequado ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés [...]. Por isso, os recursos públicos devem ser muito bem manejados. O cuidado com a escassez permitirá, dentro dos limites oferecidos, pela riqueza nacional, implementar políticas públicas realistas. [...] (CLÉVE, 2006, p. 36-37 *apud* BARROS, 2008, p. 25).

Portanto, percebe-se no Brasil que os direitos denominados fundamentais vêm sofrendo restrições. Tais práticas não podem tornar-se hábito para o legislador, cabendo ao Estado a criação de mecanismos para efetivação dos direitos e controle

de tais prerrogativas constitucionais. Para Daniel Sarmento, no que tange a normas sociais deve-se utilizar a aplicabilidade imediata.

[...] Deve ser afastada a visão brasileira tradicional, que via nestes direitos normas de caráter programático. É certo que normas programáticas não são meros conselhos aos poderes públicos, produzindo efeitos jurídicos significativos [...] Conceber os direitos sociais como normas programáticas implica deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais, o que não se compatibiliza nem com o texto constitucional, que consagrou a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais (art. 5º, §1º), nem com a importância destes direitos para a vida das pessoas (SARMENTO, 2010. p. 566).

Seguindo esta premissa, todas as normas de direitos fundamentais são dotadas de imediata e direta aplicação, por mais aberta ou indeterminada que seja a norma consagradora dos direitos sociais. Neste sentido, Flávia Piovesan observa a obrigação de o Estado observar, ao menos, o cumprimento do “*minimum core obligation*”, ou seja, o mínimo essencial relativo a esses direitos, o qual necessita de urgência e prioridade (PIOVESAN, 2013, p. 251).

Para Jorge Miranda “não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais” (MIRANDA, 2000, p. 311).

De acordo com Flávia Piovesan (2013, p. 253), o princípio da aplicabilidade imediata previsto no art. 5º, §1º da Constituição Federal impõe aos órgãos estatais o dever de máxima eficácia dos direitos fundamentais, tornando-os diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Desta forma, a norma é vista como um mandado de otimização que impõe ao Estado o dever de maior eficácia possível dos direitos fundamentais. Tais direitos tem em regra aplicabilidade imediata, sendo que a omissão do Estado deve ser justificada de modo plausível (SARLET, 2004, p. 270 – 271).

Vale frisar que a aplicabilidade imediata consiste no fato de que a atuação legislativa, administrativa ou judiciária, não pode ser contrária as normas consagradoras de direitos fundamentais, sob a égide da dignidade da pessoa humana, sob pena de inconstitucionalidade, o que denota sua força normativa autônoma.

Ao trazer para o bojo de seus textos legais ou constitucionais a relevância da dignidade da pessoa humana, um país assume compromisso de maior valor e de aplicação mais efetiva na proteção dos direitos humanos, denominados após a

constitucionalização, de direitos fundamentais, com garantias à preservação não apenas da sobrevivência do indivíduo, mas também com garantias à manutenção de uma vida digna.

3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Feita a devida menção aos direitos sociais, também merece relevante destaque o conceito de dignidade da pessoa humana, tido por alguns autores como verdadeiro princípio norteador na aplicação de outros direitos.

Tal princípio é marcadamente reconhecido nas sociedades democráticas atuais, mas nem sempre foi assim (SARMENTO, 2003, p.61). Fruto de muitas lutas, somente com a construção do Estado Moderno, com suas constituições liberais que propugnaram pela separação de poderes e pela federação, a proteção da pessoa humana em face do Estado foi reconhecida.

A dignidade da pessoa humana não é “criação legislativa”, mas valor anterior ao Direito que, em um dado momento histórico, reconhece-a como valor inerente ao ser humano. Conforme entendimento abraçado por Luiz Regis Prado (2005, p. 144),

[...] não se trata de simples criação legislativa, porquanto apenas se reconhece no texto constitucional a eminência da dignidade como valor (ou princípio) básico, cuja existência, bem como o próprio conceito de pessoa humana, são dados anteriores, aferidos de modo prévio à normação jurídica.

É corrente entre os doutrinadores que o princípio da dignidade da pessoa humana traduz, juridicamente, a ideia de Kant, para quem, todo homem possui uma dignidade, basta ser humano, e esta dignidade independe de classe social ou raça. O homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio (SARMENTO, 2003, p. 59).

A dignidade da pessoa humana tem conteúdo marcadamente histórico e, assim, deve ser tratada de forma elástica, pelo seu conteúdo marcadamente axiológico aberto e pela heterogeneidade que caracteriza as sociedades atuais. Neste sentido SARLET (2001, p.51) diz:

A dignidade da pessoa não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual é correto afirmar-se que nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.

A dignidade da pessoa humana funciona atualmente como orientador tanto ao Direito Interno quanto do Direito Internacional. Para Paulo Bonavides “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana” (BONAVIDES, 2001, p. 233).

No ramo do Direito Internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 foi completamente baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo uma espécie de referência para os demais instrumentos internacionais que protegem os direitos humanos. Para Ana Paula Barcellos (2002, p. 202 – 203) “as normas-princípios sobre a dignidade da pessoa humana são, por todas as razões, as de maior grau de fundamentalidade na ordem jurídica como um todo, e a elas devem corresponder as modalidades de eficácia jurídica mais consistentes”.

A Constituição Federal de 1.988 é o marco jurídico da institucionalização de direitos e garantias fundamentais brasileiros, sendo que o texto magno vem marcado pela ruptura do autoritarismo advindo do regime militar, tornando-se o documento mais relevante no Brasil para a proteção de direitos fundamentais.

A exemplo de outros países, o Brasil reconheceu a dignidade como uma base de reconhecimento do próprio Estado e também uma finalidade a ser atingida pelo Estado, ao inserir tal princípio como um fundamento do Estado Democrático de Direito ao teor do artigo 1º, III da CRFB/88⁵.

Por meio do aludido princípio, se busca resguardar plenamente a integridade física e moral de cada cidadão, consoante orientações constantes de Tratados Internacionais.

Apesar de se admitir a existência de direitos fundamentais independentemente de terem sido reconhecidos pelo Estado, eles se encontram positivados. [...] A Constituição de cada país costuma ter um rol específico desses direitos. Essa prática tem sua regra-matriz na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (FERRAZ, 1991, p. 19).

O valor da dignidade da pessoa humana atualmente é o núcleo básico e norteador do ordenamento jurídico como um todo, sendo ele o parâmetro de orientação e interpretação de todo o sistema constitucional, é o pilar que dá sentido à

⁵Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

vigente ordem constitucional. O princípio da dignidade humana é o princípio constitucional que incorpora a exigência de justiça e valores éticos, sendo que todo suporte axiológico existente ao sistema jurídico brasileiro baseia-se em tal princípio por ser ele soberano dentre outros.

Qualquer que seja o modelo de Estado adotado pelo Brasil, liberal ou social, ou mesmo quando estas duas teorias se intercalem e passem a oscilar nas escolhas de um governo para outro, não se pode desconsiderar que os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal são indisponíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, tendo entre as prioridades básicas o direito à saúde. Seja no modelo liberal, no qual o sustentáculo é o respeito às liberdades individuais em face do Estado, seja no modelo social, no qual se adotam políticas sociais visando tornar melhor a vida de seus cidadãos, em especial os hipossuficientes, os formatos devem servir ao propósito de proteger os cidadãos.

Para ocorrer a proteção dos cidadãos, em qualquer dos dois modelos, é indispensável que o Estado prime pela dignidade da pessoa humana, valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o seu nascimento. Partindo desta proposição, Ingo Wolfgang Sarlet assegura que

onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos nem minimamente assegurados, não há espaço para dignidade da pessoa humana e essa (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2004, p. 59).

Sob o enfoque jurídico nota-se que a prioridade é a pessoa, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este princípio a resposta à aguda crise sofrida pelo positivismo jurídico (PIOVESAN, 2006, p. 223). A doutrinadora cita as palavras de Jackman para afirmar que “a Constituição é mais que um documento legal. É um documento com intenso significado simbólico e ideológico, refletindo tanto o que nós somos enquanto sociedade, como o que nós queremos ser” (JACKMAN *apud* PIOVESAN, 2006, p. 225). Flávia Piovesan (2006, p. 229) acrescenta que a ordem jurídica encontra sentido no valor da dignidade humana, sendo este o ponto de partida e de chegada na interpretação normativa.

Como referido acima, a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental (Art.1º, III, CRFB/88), que permeia todo o movimento jurídico. O Estado deve reconhecer a dignidade da pessoa humana, promovendo aos seus cidadãos não apenas uma expectativa de sobrevivência, mas uma existência digna. Isto implica em um complexo arcabouço de direitos e deveres fundamentais, que assegurem defesa à pessoa, tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano (SARLET, 2001, p. 60).

Portanto, quando se fala em dignidade da pessoa humana, talvez possa surgir certa confusão com relação aos direitos fundamentais. Contudo, tais conceitos não se confundem. Ambos apresentam previsão constitucional, mas a principal divisão conceitual diz respeito à supremacia do princípio da dignidade com relação aos outros direitos. Na verdade, a dignidade pode ser considerada como um princípio, ou como referido por alguns autores, como um super princípio ou um supra princípio.

Deste modo, tem prevalência na hermenêutica de leis ou mesmo de outros princípios. Tal importância decorre, inclusive, da alocação do princípio da dignidade entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, insculpidos no artigo 1º da Constituição Federal de 1.988. Pode-se citar exemplo de certo dispositivo legal ser considerado inconstitucional por determinado juiz ou tribunal, em decorrência da aplicação do princípio da dignidade humana, por evidente afronta daquela previsão legal com relação ao mencionado princípio.

Um ponto de congruência entre os conceitos discutidos pode ser verificado no que diz respeito ao caráter dinâmico existente, ou seja, quando se fala, tanto em dignidade humana quanto em direitos fundamentais, ambos conceitos são entendidos como ensejadores de proteção a novos direitos. Não se constituem por conceitos estanques, imutáveis, tanto que podem surgir novos direitos anteriormente não observados, o que justifica a discussão em torno das gerações ou das dimensões dos direitos fundamentais. Da mesma forma, o conceito de dignidade da pessoa humana deve ser compreendido com um amplo aspecto.

O caráter de amplitude conferido à dignidade da pessoa humana fundamenta-se no essencial mandamento de ordem religiosa do respeito ao próximo, alicerce da evolução da civilização. Neste sentido caminha o entendimento de Luís Roberto Barroso (2010, p. 253):

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção ao mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física indispensável ao desfrute dos direitos em geral.

A presença do princípio da dignidade da pessoa humana numa norma constitucional clama a essencialidade de sua eficácia para o direito brasileiro, não se vinculando apenas ao Estado, mas igualmente às pessoas públicas e particulares submetidas a este. É dever do Estado proteger sua correta aplicação. Portanto, o operador do direito deve ter sempre como princípio norteador a dignidade da pessoa humana, que se vislumbra a partir do momento em que o Estado dá condições aos cidadãos de uma vida embasada em tal princípio, haja vista sua característica como elemento norteador do Estado Democrático de Direito.

Vale lembrar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (adotada pela ONU em 10 de dezembro de 1948), em seu preâmbulo, afirma que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (UNICEF BRASIL, 2017, p. 1).

A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento de origem religiosa de respeito ao próximo. Além disso, este princípio representa o próprio acesso à justiça, segundo Barroso (2010, p. 253), pois sem saúde, sem renda, sem educação, como irá o cidadão reivindicar seus direitos?

Entre os direitos dos cidadãos, salienta-se a importância que tem o direito à saúde, porque mesmo o direito à vida nada representa se não houver qualidade na existência, se o cidadão não tiver atendimento adequado quando lhe faltar saúde, o bem supremo que lhe permite usufruir de todos os demais direitos.

3.3 O DIREITO À SAÚDE

O ser humano é sujeito de direitos e de deveres e como titular de direitos e deveres precisa também se sujeitar às normas que os reconheçam e regulamentem. Se descumpre os deveres se sujeita também às sanções.

São muitas as acepções da palavra Direito. Em se tratando do Direito à saúde, elemento primordial deste estudo, e pensando-se no caráter ético da palavra Direito, entende-se importante mencionar a noção apresentada por Miguel Reale, para quem “Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores” (REALE, 2005, p. 67).

Já o elenco dos direitos humanos, apesar de terem como pressuposto natural a justiça ligada ao seu cumprimento, ensina Norberto Bobbio (2004, p. 18), se altera de acordo com “a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc”. O que parece fundamental em uma época e em determinada civilização não é fundamental para outros povos e outras culturas. Varia também de acordo com os governantes e modelos de governo.

Por conseguinte, embora os direitos da pessoa humana estejam declarados na norma de um Estado é preciso entender-se que sua realização é uma meta desejável, o que não basta para que as condições ideais se efetivem. Quando se trata de enunciar os direitos o acordo entre as partes é relativamente fácil, já quando é necessária a ação, por mais que os fundamentos para os direitos estabelecidos sejam inquestionáveis, surgem as reservas e as oposições. “A grande dificuldade não tem sido enunciar e justificar os direitos, mas sim protegê-los” (BOBBIO, 2004, p. 23).

Miguel Reale afirma que nenhuma Carta Constitucional consagra mais direitos subjetivos fundamentais do que a do Brasil, que apresenta “extenso e minucioso elenco de direitos e deveres individuais e coletivos, assim como de direitos sociais e políticos, enunciando as respectivas salvaguardas” (REALE, 2005, p. 269).

A partir da invariável primordial representada pela “pessoa humana” configura-se todo um sistema de valores fundamentais inerentes à sua própria existência, em especial pela necessidade de uma forma de vida compatível com a dignidade humana em termos de alimentação, habitação, saúde, meio ambiente, trabalho, segurança e educação, entre outros direitos subjetivos, em função dos quais

se impõem imperativamente os deveres do Estado. Somente ao garantir estes direitos aos seus cidadãos realiza-se o Estado Democrático de Direito, proclamado logo no primeiro artigo da Constituição Federal da República Federativa do Brasil (REALE, 2005, p. 271 – 276).

Existem direitos sociais que, para serem efetivados, exigem do Estado um agir negativo. É o caso, por exemplo, do direito de greve e do direito de organização sindical. É necessário o ato omissivo do Estado para assegurar que os cidadãos tenham assegurados seus direitos de mobilização e defesa, além da sua liberdade, fundamentais em uma sociedade democrática.

Todavia, para que veja certos direitos serem assegurados o cidadão precisa, em outras situações, de prestações positivas do Estado. É o caso do direito à saúde. Se o Estado deixar de cumprir seu papel na promoção de políticas públicas que visem preservar a saúde da população, como, por exemplo, no fornecimento de vacinas, campanhas de esclarecimento, combate às doenças, fornecimento de medicamentos, hospitais públicos e ambulatórios nos quais, principalmente as pessoas de menor capacidade aquisitiva, sejam atendidos em consultas, exames, internamentos e cirurgias.

Segundo a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), órgão da Organização Mundial da Saúde (OMS), que é uma agência da ONU específica para questões da saúde das populações de seus países membros, o conceito de saúde vai além da mera ausência de doenças.

Na verdade, só é possível ter saúde quando há um completo bem-estar físico, mental e social de uma pessoa. Diversos fatores podem colocar em risco a saúde mental dos indivíduos; entre eles, rápidas mudanças sociais, condições de trabalho estressantes, discriminação de gênero, exclusão social, estilo de vida não saudável, violência e violação dos direitos humanos (OPAS/OMS BRASIL, 2016, p. 1).

A boa saúde de uma pessoa está associada ao aumento da qualidade de vida. As pessoas expostas a condições de vida precárias, que não tem acesso a saneamento básico, água potável, higiene, alimentação adequada e acesso à assistência médica e programas de preservação de doenças, como vacinas e exames, tem afetadas as possibilidades de uma boa saúde.

O direito à saúde, condição inalienável do ser humano e objeto deste estudo encontra-se elencado, sobretudo, no Art. 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988),

no qual se verifica que o Estado se dispôs a tratar como prioridades, além da saúde, os direitos à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, crianças e idosos.

A Constituição Federal de 1.988 se difere das demais Constituições no que se refere ao direito à saúde, pela extensão que deu a este direito fundamental associado aos demais direitos primordiais, tendo como pilar a dignidade humana. A CF assim estabeleceu em seu Artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

A saúde é um dos pilares das condições de sobrevivência humana. “Uma pessoa que se encontra doente não consegue sequer coexistir, quanto mais exercer com dignidade as atividades rotineiras” (GONÇALVES, 2011, p. 60). Daí surge a necessidade de ação do Estado, que não pode se mostrar estagnado diante da dificuldade orçamentária. Tal atitude interfere diretamente na qualidade de vida da coletividade.

Muito embora existam previsões legais de garantias ao efetivo direito à saúde, as discussões em volta do tema não se esgotam, haja vista a enorme insatisfação que norteia a sociedade. O padrão atual encontrado na saúde pública só faz mostrar a desorganização e fragmentação da qualidade do sistema oferecido pelo setor público, caracterizando uma real espécie de “favor” ao cidadão, de algo assegurado pela Constituição Federal.

Ao contrário, políticas públicas de saúde no Brasil caracterizam fortemente o procedimento discriminatório da divisão de recursos sociais, alarmando o setor emergencial da rede pública. O aumento da população de baixa renda devido à crise atravessada atualmente, associada à falta de recursos públicos e à retirada paulatina das coberturas sociais de saúde, impedem que o indivíduo usufrua dignamente de um sistema de saúde pública.

O direito à saúde, além de direito fundamental social, também pode ser visto como um direito da personalidade, pois é decorrente do direito à vida, estando relacionado à manutenção do mínimo existencial e à preservação de uma vida digna (HILLE, 2015, p. 71).

O que se percebe é que o artigo 196 da Constituição Federal, que garante o direito a saúde, está ligado ao princípio não apenas da dignidade da pessoa humana, mas também ao princípio da universalidade.

O dispositivo atende ao princípio da universalidade, seja da cobertura, seja do atendimento. Da cobertura, porque se dirige a todas as etapas: promoção, proteção e recuperação. Do atendimento, porque garante a todos o direito e acesso igualitário às ações de serviços de saúde (SANTOS, 2011, p.85).

O direito à saúde deve ser prestado à toda população através de ações afirmativas por parte do Estado, ou seja, as políticas públicas devem ser desenvolvidas por campanhas e pelos mais variados tipos de comunicação, criando sistemas para proteção não apenas da vida, mas de uma vida digna, organizando métodos e sistemas que recuperem a saúde dos mais debilitados.

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado a condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais [...] A evolução conduziu à concepção da nossa Constituição de 1988 que declara ser a saúde direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações que são de relevância pública (arts. 196 e 197). A Constituição o submete ao conceito de seguridade social, cujas ações e meios se destina, também, a assegurar-lo e torná-lo eficaz (SILVA, 2007, p. 298).

Portanto, é dever do Estado garantir um sistema de seguridade social, no qual o direito à saúde esteja inserido. Importante ressaltar o artigo 3º da Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais (BRASIL, 1990).

Neste contexto verifica-se que a saúde envolve o bem-estar físico e mental, mostrando-se como primordial à proteção do direito à vida, sendo que estes estão intimamente ligados entre si. Impossível falar em vida digna sem garantir o direito à saúde da população.

O direito à saúde não significa, apenas, o direito de ser são e de se manter são. Não significa apenas o direito a tratamento de saúde para manter-se bem. O direito à saúde engloba o direito à habilitação e à reabilitação, devendo-se entender a saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente (ARAÚJO, 1997, p. 47).

Além de um direito fundamental social, o direito à saúde é a porta de entrada para garantia de inclusão social. Necessário e indispensável ao ser humano é a proteção ao seu direito de ter saúde para que seja possível a realização de existência digna e exercício da cidadania.

Para exercer seu direito posto constitucionalmente o cidadão pode servir-se do sistema que pretende garantir o acesso à saúde no Brasil, o SUS, bem como conhecer como funcionam as políticas públicas brasileiras voltadas à saúde dos cidadãos.

Assim sendo, após se identificar o processo que levou a saúde a ser considerada direito fundamental, necessário se faz compreender a constituição do Sistema Único de Saúde (SUS), no Brasil.

Com a Constituição Federal de 1988 várias iniciativas jurídico-institucionais criaram as condições de viabilização plena do direito à saúde no Brasil. Ressalte-se, nesse sentido, a Lei nº 8.080/90, que organiza e estrutura o funcionamento dos serviços de saúde; a Lei nº 8.142/90 que garante a participação dos usuários do sistema na gestão desses serviços e a transferência de recursos financeiros intergovernamentais; a Portaria nº 3.916, que aprova a Política Nacional de Medicamentos; e a Norma Operacional da Assistência à Saúde nº 01/2002 (NOAS-SUS 01/02), aprovada por Portaria do Ministério da Saúde que vem suceder a Norma Operacional Básica do SUS nº 01/96.

O SUS é um sistema pertencente à saúde pública, que tem como objetivo a prestação de serviços de saúde de forma gratuita à toda a população, independentemente de qualquer condição.

Especificamente, no que diz respeito ao Sistema Único de Saúde, o legislador colocou no texto normativo princípios fundamentais, bem como as diretrizes de funcionamento do SUS, certamente por entender que seu funcionamento é essencial para a sobrevivência do sistema.

Os princípios relacionados ao SUS estão previstos no artigo 194 da Constituição Federal⁶, com o viés de atribuir ao ente estatal diversos objetivos que norteiem as políticas públicas que deverão ser aplicadas e reduzem a discricionariedade do administrador.

Já as diretrizes previstas no art. 198 do Texto Constitucional⁷ tratam de referenciais obrigatórios de obediência pelo Estado.

A efetividade do direito à saúde a toda população veio garantida com a criação do SUS (Sistema Único de Saúde), juntamente com a Constituição Federal em 1988, conforme consta do *web site* do próprio Ministério da Saúde:

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Amparado por um conceito ampliado de saúde, o SUS foi criado, em 1988 pela Constituição Federal Brasileira, para ser o sistema de saúde dos mais de 180 milhões de brasileiros. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017).

A Emenda Constitucional nº 29, de setembro de 2000, veio possibilitar a vinculação da política da saúde à receita tributária. Ao governo federal foi dado o dever de corrigir todo ano a receita destinada à área da saúde, utilizando-se para tanto dos parâmetros do PIB (produto interno bruto) do ano que o precedeu, cuja base é formada pelos impostos angariados, sendo abatidos os referentes às transferências entre as esferas do governo (GONÇALVES, 2011, p. 61).

O Sistema Único de Saúde representa um direito social garantido constitucionalmente, sendo este pautado pela universalidade, integralidade, igualdade, bem como pela defesa do direito à saúde como condição de existência humana. No que diz respeito ao financiamento para viabilidade do Sistema Único de

⁶ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados

⁷ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. (...)

Sobre seguridade social dispõe o artigo 195 da Constituição Federal:

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

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Nota-se que o SUS possui características pautadas no Estado Social, conforme enfatiza ROCHA (2008, p. 13).

É preciso que se contextualize o nascimento do SUS como um projeto social, durante a redemocratização do país. A Constituição de 1988 construiu um arcabouço, de certa forma, mais avançado do ponto de vista legal do que a estrutura social existente no país, ajudando a desmontar 400 anos de moral escravocrata, que enxergava a desigualdade como normal, natural. No momento em que se começa a tratar de igualdade e direitos, contradições vão se destacando. Existe um tensionamento na estrutura da sociedade brasileira entre um sistema universal único e um sistema privado muito forte.

O SUS continua sendo um projeto de caráter social e sua fragilização se torna compreensível frente ao panorama e ao viés político que o Brasil vive. Sua precarização baseia-se principalmente na falta de financiamento, na falta de mão de obra.

São muitos os problemas enfrentados pela população brasileira nos hospitais públicos, situação que é de conhecimento geral e amplamente noticiada. Um dos mais dramáticos é a falta de leitos para receber os doentes. Não é raro pacientes atendidos nos corredores lotados, deitados no chão devido à insuficiência de macas e de quartos. A falta de equipamentos é igualmente grave, desde os itens básicos para o atendimento quanto aparelhos de exames obsoletos e estragados, ou ainda restritos aos grandes centros, obrigando o paciente a deslocar-se em busca de ajuda médica, sendo que ambulância para levá-lo é outro recurso em falta.

Neste sentido, não basta o Brasil possuir o Sistema Único de Saúde, precisa implementar políticas públicas que venham proteger a saúde da população, prevenir doenças e dar tratamento digno aos enfermos.

As discussões acerca das políticas públicas se acirram nos momentos em que o Estado Liberal se depara com crises, enfraquecendo a ideia de que o mercado é suficiente para regular a economia e as relações particulares. Neste sentido Eros Grau (2008, p.27) enfatiza que o Estado Social “legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas públicas, isto é, programas de ação”.

A justificativa para a existência de políticas públicas decorre da própria existência dos direitos fundamentais, já que estes dependem de uma intervenção estatal ativa do Poder Público para sua concretização (BREUS, 2007, p. 219).

Portanto, políticas públicas sociais consistem em ações realizadas pelo ente estatal, voltadas para a realização de direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, de modo a permitir que tais direitos deixem de ser mera previsão legal e passem a materializar-se no meio social, dentre os quais destaca-se o direito à saúde.

Fabio Konder Comparato conceitua as políticas públicas como atividade estatal designada para uma finalidade específica ao afirmar que

[...] não consiste, portanto, em normas ou atos isolados, mas sim numa atividade, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, do mais variado tipo (sic), conjugados para realização de um objetivo determinado (COMPARATO, 2002, p. 72).

Para Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39),

política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Neste sentido, pode-se afirmar que a realização de políticas públicas parte de decisões políticas, visto que tais decisões consistem em atuação do Estado e de atividades privadas, tendente à consecução de interesses públicos pré-delimitados

para supressão dos anseios da sociedade.

A política pública surge no interesse da sociedade para localização de determinado problema social e formulação de possíveis meios para a solução, com a possibilidade de análise se os seus objetivos estão sendo cumpridos, para que se justifique a sua continuidade, sua extinção ou, ainda, adequações necessárias (HILLE, 2015, p. 117).

É um processo político-administrativo que possui diferentes fases sucessivas e que interagem entre si, sendo elas divididas em: identificação do problema, inclusão na agenda política, formulação, implementação e avaliação (SCHMIDT, 2008, p. 2315).

A primeira fase consiste em identificar determinada situação social problemática, ou seja, visualizar qual acontecimento necessita de uma regulamentação estatal, e transformá-la em problema político, sendo que esta seja incluída na agenda governamental (SCHMIDT, 2008, p. 2318).

Na formulação da política pública são definidas e escolhidas quais alternativas serão adotadas, na medida em que são estabelecidas as metas e objetivos a serem alcançados e quais os meios para atingi-los. Nesta fase se estabelece o meio, qual o plano a seguir.

A implementação da política pública consiste em quais ações materializam as diretrizes e programas traçados anteriormente para alcançar os objetivos pretendidos (SCHMIDT, 2008, p. 2318). É nesta etapa que ocorre a concretização da política pública e sua colocação em prática.

Na fase de avaliação procede-se a análise de suas consequências e seus possíveis efeitos de modo a considerar sua eficácia, ou seja, quais resultados serão atingidos, como também a eficiência, sendo esta medida pela relação entre os resultados e os custos para sua efetividade e legitimidade (SCHMIDT, 2008, p. 2318).

Vale ressaltar que, para que exista a mínima eficácia das políticas públicas, é importante a participação popular tanto no processo deliberativo como no controle e fiscalização, sendo que tal prática é possível através de audiências públicas, orçamento participativo, etc.

Todas as políticas públicas são de suma importância para uma nação, entre elas destaca-se a necessidade premente de políticas públicas que visem a saúde.

O Brasil é signatário da ONU e como tal precisa seguir as determinações

emanadas da Organização Mundial da Saúde para realizar políticas públicas na área da saúde que atendam a população, principalmente os mais necessitados.

Em 2010 realizou-se o encontro nomeado “A Saúde Pública nas Américas”, promovido pela Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), órgão da OMS, no qual foram definidas onze Funções Essenciais de Saúde Pública (FESP), que devem ser exercidas pela autoridade sanitária. Consoante o acordo de parceria de cooperação técnica firmado entre OPAS e Ministério da Saúde, as FESP devem ser adaptadas à realidade da gestão do SUS em cada Estado, mantidos o espírito e a lógica das diretrizes repassadas para toda a América Latina.

São as seguintes funções:

- 1) Monitoramento, análise e avaliação da situação de Saúde do Estado.
- 2) Vigilância, investigação, controle de riscos e danos à Saúde.
- 3) Promoção da Saúde.
- 4) Participação social em Saúde.
- 5) Desenvolvimento de políticas e capacidade institucional de planejamento e gestão pública da Saúde.
- 6) Capacidade de regulamentação, fiscalização, controle e auditoria em Saúde.
- 7) Promoção e garantia do acesso universal e equitativo aos serviços de Saúde.
- 8) Administração, desenvolvimento e formação de Recursos Humanos em Saúde.
- 9) Promoção e garantia da qualidade dos serviços da Saúde.
- 10) Pesquisa e incorporação tecnológica em Saúde.
- 11) Coordenação do processo de Regionalização e Descentralização da Saúde.

A gestão estadual deve servir para avaliar constantemente e fortalecer estas funções essenciais da Saúde Pública brasileira.

O Estado não pode se esquivar de praticar políticas públicas, é sua missão estar atento às demandas e atendê-las.

O Ministério da Saúde declara ser o órgão responsável pela “organização e elaboração de planos e políticas públicas voltados para a promoção, prevenção e assistência à saúde dos brasileiros”. Cabe a este Ministério “dispor de condições para

a proteção e recuperação da saúde da população, reduzindo as enfermidades, controlando as doenças endêmicas e parasitárias e melhorando a vigilância à saúde, dando, assim, mais qualidade de vida ao brasileiro”.

São de competência do Ministério da Saúde do Brasil:

- a Política Nacional de Saúde;
- coordenar e fiscalizar o SUS;
- a saúde ambiental e as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva, inclusive a dos trabalhadores e dos índios;
- coletar e repassar informações de saúde e sobre os insumos críticos para a saúde;
- promover a ação preventiva em geral, vigilância e controle sanitário de fronteiras e de portos marítimos, fluviais e aéreos;
- vigiar a saúde, especialmente drogas, medicamentos e alimentos;
- realizar pesquisa científica e tecnológica na área da saúde.

O Ministério da Saúde conta com o Conselho Nacional de Saúde e o Conselho de Saúde Suplementar, órgãos permanentes e deliberativos sobre temas relacionados à saúde, além de democratizar a atuação também para as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, que podem desenvolver ações que priorizem a prevenção e a promoção da saúde da população.

Mesmo havendo o SUS e muitas políticas públicas de saúde é notória a deficiência do atendimento à população, pois faltam médicos, leitos, aparelhos, medicamentos, hospitais e postos de saúde.

A insatisfação da população encontra eco na doutrina, na política e nos mais variados setores da sociedade. Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 295) afirma que a Constituição Federal de 1988 disseminou o discurso de que o Estado, voltado à defesa intransigente dos direitos fundamentais, seria o instrumento para a República do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Para que não seja utópica nem vã a promessa constitucional, o Poder Legislativo precisa propor políticas públicas que satisfaçam os direitos prestacionais. Estes direitos não podem ser exercidos senão em virtude de atuação positiva do Poder Legislativo, seguida de cunho material pelo Poder Executivo.

Se o Estado se revelar inerte, omissivo, a população pode utilizar fórmulas de participação popular que cobrem a atuação do Estado ou buscar a atividade do Poder

Judiciário.

Um bom caminho para cobrar a realização de direitos prestacionais, como o direito à saúde, que precisa de atuação material, criação de serviços e ambientes e de dotação orçamentária, pode ser o das ações coletivas, especialmente o das ações civis públicas. O grande problema alegado é o orçamento do Estado. Desta forma, as ações públicas devem compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária, prever no orçamento os recursos necessários para atender as necessidades sociais bem como fiscalizar a correta aplicação dos recursos (CLÈVE, 2003, p. 298 – 299).

Os programas criados para a Saúde apresentam falhas, má gestão e orçamento deficitário. O Programa Saúde da Família, por exemplo, criado há mais de vinte anos, com o objetivo de atuar na prevenção de doenças e tirar o atendimento centrado nos hospitais, nunca alcançou cobertura completa em nenhum Estado.

Na tentativa de resolver o problema de recursos, estão em tramitação Projetos de Lei para obrigar a União a investir no mínimo 10% de seu orçamento em Saúde. O PLP 123/12 prevê que o percentual de 10% será alcançado, com acréscimos sucessivos de 0,5% ao ano, iniciando de 8,5% do orçamento total previsto para o primeiro ano de vigência da nova lei. A Emenda Constitucional 29 determina que os Municípios invistam em saúde pelo menos 15% do que arrecadam, e os Estados, 12%. Já o governo federal deve investir, pelo menos, o mesmo valor do ano anterior reajustado pela inflação, sem determinar um percentual da arrecadação global.

Para ampliar a baixa reserva de recursos, tramita na Câmara uma Proposta de Iniciativa Popular (PLC 321/13 - Saúde+10), que encampou a PLP 123/12. A proposta prevê a destinação de pelo menos 10% das receitas correntes brutas do governo federal para a saúde. Em 2014, teriam sido R\$ 41 bilhões a mais.

Ana Maria Costa, presidente do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, informa que o governo brasileiro promete atender a todos, mas é um dos países que menos investe em saúde. Em 2012 foram menos de 490 dólares por habitante, enquanto a Argentina investiu quase 700 dólares e o Chile quase 550. Países que são referência em saúde mostram o quanto o Brasil está atrasado: o Canadá investe mais 4000 mil dólares por habitante em saúde enquanto que a Inglaterra investe mais de 3000 dólares (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015, p. 1). Diante deste cenário fica claro a incapacidade de atenção integral no que se refere à saúde.

4 O ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO ÓBICE A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Ao Estado incumbe organizar a vida em sociedade e legislar sobre direitos e obrigações da população. Igualmente, é seu papel ajustar as políticas públicas e as demandas sociais, dentro do seu orçamento, definindo as fontes dos recursos que são devidos ao Estado, de que forma e em quanto pode onerar os pagadores de impostos, e como vai alocar os recursos para concretização das políticas públicas. Porque as políticas e ações adotadas para suprir as necessidades da população devem passar pelo equilíbrio entre receitas e despesas do poder público, com sobriedade, transparência e publicidade dos atos. Os governantes podem definir a adoção de várias políticas públicas que beneficiem a sociedade mas elas têm um custo, precisa ficar claro se este custo é suportável e justamente distribuído.

É sabido que a efetividade dos direitos fundamentais sociais depende da implementação de programas por parte do Estado, ou seja, é necessário o investimento estatal em políticas públicas, sendo que estas precisam estar de acordo com o orçamento público. Portanto, cabe ao Estado “obter, criar, gerir e despender o dinheiro indispensável às necessidades cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu àquelas outras pessoas de direito público” (BALEEIRO, 2004, p. 4).

Sem um planejamento responsável não é possível alcançar os objetivos traçados, gerando gastos de forma inadequada e desperdiçando recursos. Por isso, o planejamento é de extrema importância para a realização das políticas públicas.

O Estado é fortemente confrontado em suas decisões de aplicações de recursos e distribuição de orçamento quando se vê pressionado a atender uma demanda fora de suas previsões, como é o caso do atendimento a cidadãos que necessitem de medicamentos ou tratamentos médico-hospitalares de alto custo. Nesses casos é comum a alegação de impossibilidade de atendimento ao particular, em face da reserva do possível e da alegação de que a distribuição da verba para utilização com a saúde é prioritariamente coletiva e não individual.

O fato é que, em países como o Brasil, torna-se cada vez mais comum a alegação por parte do Estado de que não possui recursos econômicos ou dotação orçamentária suficiente para efetivar a contento os direitos sociais teoricamente garantidos. A essa carência de recursos denominou-se “reserva do possível”.

4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESERVA DO POSSÍVEL

O termo reserva do possível é oriundo da jurisprudência alemã (Der Vorbehalt des Möglichen), que significa “aquilo que alguém pode razoavelmente esperar da sociedade”, sendo sua estrutura consolidada naquele país no período pós-Segunda Guerra Mundial, no momento em que a Alemanha se erguia novamente.

A teoria da reserva do possível surgiu com estudantes alemães que achavam que o Estado deveria cumprir o artigo constitucional sobre o direito dos cidadãos escolherem sua profissão, e que as faculdades deveriam oferecer o número de vagas pleiteadas, sem concorrência.

Em resposta à manifestação de alunos sobre a limitação de vagas em cursos universitários, a Corte respondeu que o cidadão não poderia exigir algo que ultrapassasse o limite do razoável. Considerando que os cidadãos alemães já dispõem de prestações estatais que lhe asseguram uma existência digna, criou-se a jurisprudência de que prestações supérfluas não podem ser exigidas, mesmo porque é a sociedade quem arca com o ônus.

Com vários países, assim como a Alemanha, se reerguendo após a Segunda Guerra Mundial, aconteceu a expansão do capitalismo, em especial com os incentivos econômicos advindos dos Estados Unidos (Plano Marshall). A meta era a reconstrução europeia, com o objetivo principal de conter a expansão do socialismo e assegurar sua própria hegemonia política e econômica.

Assim sendo, a “reserva do possível” trata-se de um instituto influenciado pelo neoliberalismo, sendo uma política econômica contrária ao Estado Social. Um dos principais argumentos do neoliberalismo, conforme já mencionado nos capítulos anteriores, é que o gasto governamental com políticas públicas é excessivo.

Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 20) recorre a Andreas Joachim Kreell, autor alemão, ao dizer que não se pode desconsiderar que o modelo da Alemanha Ocidental se confrontava com o soviético, em vigência na Alemanha Oriental. Por assim ser o conflito se instaurou, e na década de 1960 os administradores públicos entendiam que a situação do pós guerra não comportava mais este tipo de investimento. A alternativa encontrada foi recorrer à regra do “*numerus clausus*”, para o ingresso no ensino superior ao curso de medicina. A Corte Constitucional alemã reconheceu que fez tudo o que estava ao seu alcance para garantir o acesso ao curso

superior, contudo, reconhecer as exigências individuais daqueles que queriam ingressar no curso de medicina sem concurso não era razoável, tendo em vista que obrigaria o Estado a comprometer-se com outros programas sociais ou mesmo com políticas públicas já existentes. Desta forma, na Alemanha, o denominado argumento da reserva do possível constituiu-se em um limite aos direitos fundamentais (OLSEN, 2008, p. 223).

Há de se destacar a perigosa noção de que os direitos sejam efetivados apenas se houver suficiência de caixa no Estado.

Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale na prática, a nenhuma vinculação jurídica razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais (CANOTILHO, 1982, p. 477).

A teoria alemã atrela a efetivação e aplicação de políticas públicas à possibilidade financeira do Estado. Portanto, não havendo orçamento disponível para concretização de determinada política, o Estado não será obrigado a realizá-la. Tal posicionamento pode minimizar ou até mesmo suprimir direitos sociais, que devem ser efetivados, mas que exigem prestação positiva e financeira por parte do Estado.

No Brasil, o argumento da reserva do possível passou a ser utilizado na década de 90, quando a ideologia do neoliberalismo encontrava-se em alta, pregava-se a redução do Estado e o fortalecimento do mercado.

Até então, o Estado estava organizado sob estrutura ditatorial centralizadora. Com a abertura política, todas as vozes da sociedade se manifestaram em busca de mudanças e satisfação de necessidades e expectativas contidas por mais de vinte anos de regime militar, o que resultou na constituição com fortes tendências sociais, reveladas no catálogo de direitos fundamentais, nos objetivos do estado Brasileiro, e nos princípios informadores da ordem econômica (OLSEN, 2008, p. 179).

Para Monaliza Maellu Fernandes Montenegro (2016, p. 5) a teoria da reserva do possível ganhou contornos unicamente econômicos, pois passou a ser o argumento utilizado pelo Poder Executivo, tendo como base a alegação de insuficiência de recursos, de modo a barrar a intervenção judicial buscada por quem quer garantir seus direitos. Isto serviu como uma limitação aos direitos dos cidadãos, pois o Poder Executivo passou a defender que apenas os direitos negativos seriam

passíveis da tutela do Poder Judiciário, já que as obrigações que demandam orçamento público estariam sujeitas à reserva do possível, ou seja, à dotação.

Neste cenário, a reserva do possível encontra no Brasil terreno fértil e adquire novas características devido a imensa desigualdade social e fragilidade da democracia brasileira. Na década de 90 o argumento ganhou ainda mais força com o Movimento das Vítimas da AIDS, quando os portadores da doença passaram a propor ações para o fornecimento de medicamentos.

No entendimento de Alan Saldanha Luck (2010, p.89), o governo efetua a valoração, a possibilidade e o custo de determinadas prestações econômicas aos cidadãos, considerando-se a escassez de recursos em que vive a sociedade a qual eles pertencem.

O argumento da reserva do possível, importada do direito alemão, na qual ante uma demanda formulada, reconhece o Estado não ser capaz de atendê-la sem que outra questão fique desamparada e ainda o mínimo existencial que representaria cláusula incontroversa de atendimento obrigatório pelo Estado, sendo-lhe a reserva do possível inegável para uns, ou alegável para outros, desde que de maneira qualificada (TORRES, 2009, p. 82).

A atual Constituição Federal, embora tenha caráter socialista, emergiu em um ambiente de crise do Estado Social, em que se arguia a deficiência estatal em razão de excessiva intervenção do Estado e despesas com políticas públicas sociais (OLSEN, 2008, p. 81).

Cabe aos Poderes Executivos e Legislativo decidir a forma como serão divididos os recursos existentes à disposição do Estado. Para isto precisam ser considerados, ao pé da letra, o princípio da discricionariedade e os orçamentos públicos, “sempre contrabalançando a escassez dos recursos frente à efetivação dos direitos sociais” (LUCK, 2010, p. 89). Havendo colisão de interesses conflitantes, cabe ao Poder Público aplicar o princípio da razoabilidade e priorizar as medidas necessárias para preservar a dignidade da pessoa humana, fundamento máximo da Constituição Federal brasileira, além de garantir o mínimo existencial à população.

De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante da necessidade quase sempre infinitas a serem supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos (BARCELLOS, 2002, p. 261).

Para a garantia de liberdade do indivíduo e de bem estar, Luis Roberto Barroso (2003, p. 38) traz a ideia do princípio da dignidade humana e do mínimo existencial em contraposição ao argumento da reserva do possível:

O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Destarte, embora haja escassez de recursos públicos, sempre mencionada pela doutrina, não pode o Estado deixar de prover meios para a efetivação de direitos sociais, principalmente no tocante à saúde.

Condições mínimas para uma existência digna devem ser obedecidas mediante prestações estatais positivas, de acordo com o exercício da razoabilidade dos atos do legislador, do julgador ou do administrador público.

4.2 CONCEITUAÇÃO DE RESERVA DO POSSÍVEL

Ao se questionar as possibilidades de concretização dos direitos sociais facilmente surge a discussão sobre a reserva do possível. Todavia, não basta apenas analisar-se seu conceito, é necessário refletir se este argumento se sustenta, se a suficiência orçamentária é condição indispensável para a efetivação de direitos sociais ou se os direitos têm prevalência, devendo as políticas públicas ser elaboradas de acordo com as necessidades sociais, conciliando condições materiais com a efetividade dos direitos.

O § 1º do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”. Isto denota a preocupação legislativa com a plena eficácia da garantia constitucional atribuída aos direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, entre outros, pois de nada servem direitos que não se efetivem, gerando efeitos jurídicos aos casos concretos.

Direitos precisam ser aplicados na prática, apenas a teoria não gera resultados para a vida, para as necessidades das pessoas. A questão é que é comum o Estado alegar que não possui condições econômicas para efetivar direitos teoricamente garantidos. Esta carência de recursos tem recebido a denominação de reserva do possível.

Vicente de Paulo Barreto (2003, p. 117) preleciona que a ideia de reserva do possível está apoiada em “três falácias políticas”, criadas pelo pensamento neoliberal. São elas:

1) os direitos sociais são direitos de segunda ordem, ou seja, de menor importância;

2) os direitos sociais decorrem de uma economia forte, o que não é possível nos países em desenvolvimento;

3) como “o custo é inerente a todos os direitos” negar a efetividade usando o argumento do orçamento é negar a própria essência do Estado Democrático de Direito.

Paulo Caliendo (2013, p. 180) discorda desta afirmação, pois entende que, mesmo não se podendo negar a efetividade de direitos alegando seu custo, não se pode negar que “é preciso delimitar quais e como os direitos fundamentais sociais podem ser implementados em uma sociedade com recursos escassos e crescentes necessidades”. Para ele, pensar na dificuldade de implementação dos direitos fundamentais não se trata de ideologia e sim de analisar dados que atestam as condições reais para que os direitos sejam ou não implementados.

A reserva do possível pode ser fática (falta de recursos) ou jurídica (orçamentária). Se a causa for falta de recursos será impedido o atendimento à demanda social, não havendo o que questionar. Porém, se questionado, cabe ao administrador público provar e não apenas alegar a insuficiência de recursos (CALIENDO, 2013, p. 180).

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2013, p. 14 - 22) julgam especialmente complexo o estudo da relação entre a reserva do possível e o mínimo existencial, como critérios para assegurar a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente quando se trata do direito à saúde. O que se tem de certo é que a garantia de uma vida digna abrange bem mais do que a garantia de mera sobrevivência física, é necessária a plena fruição dos direitos fundamentais.

Decorre deste entendimento a percepção de que garantia do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional, visto que decorre da proteção da vida e da dignidade humana. A Carta Magna de 1988 abarca os princípios do mínimo existencial ao proclamar direitos sociais específicos, como a saúde. Porém, de acordo com Sarlet e Figueiredo (2013, p. 27) não se pode negar que “a efetividade dos direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las”, e que encontram-se condicionados pela designada “reserva do possível” e sua relação com aspectos como competências constitucionais, separação dos Poderes e reserva de lei orçamentária.

Ou seja, reserva do possível não significa simplesmente ausência de recurso orçamentário. Por este motivo Sarlet e Figueiredo (2013, p. 30), sustentam que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, que abrange:

1) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos fundamentais;

2) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, conexas com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas;

3) no caso de garantia do direito, a reserva do possível envolve também o problema da proporcionalidade da prestação, no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade.

Além desta proposição, os referidos doutrinadores não concordam que a reserva do possível atue somente como limite jurídico e fático para obtenção de direitos fundamentais. Em determinadas circunstâncias a justificativa pode servir também para garantir direitos fundamentais. Por exemplo, em caso de conflito de direitos, a reserva do possível pode significar a indisponibilidade de recursos para salvaguardar a disponibilização de recursos para outro direito fundamental considerado essencial (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 30).

Porém, alegação de indisponibilidade de recursos para negar direitos não tem aceitação unânime, doutrinária ou judicial. Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 310) acredita em má distribuição de recursos e em falha nas previsões orçamentárias. Se o Poder Executivo não cumprir sua obrigação cabe ao Poder Judiciário, a quem compete o controle das omissões do Poder Público, determinar que sejam alocados os recursos existentes, para destiná-los ao atendimento de necessidades prioritários

das pessoas, como saúde, dotando-o das condições mínimas para uma existência digna, ao usufruir direitos também designados como “mínimo existencial”.

4.3 RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL

Muitos são os desafios que competem aos administradores do Poder Público e ao Poder Judiciário, quando instados a resolver uma demanda que venha da sociedade e se entenda não haver recursos orçamentários para atender. O papel dos julgadores é aplicar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao decidir quando e quanto devem aplicar nos direitos sociais e se é justo invocar a reserva do possível.

A interpretação constitucional passou por muitas transformações até chegar ao estágio atual em se abriu para a concretização dos direitos sociais, considerando a realidade social de quem não tem recursos financeiros para suprir suas necessidades básicas, como é o caso do direito à saúde.

Por este motivo, o mínimo existencial, que pode ser compreendido “como o núcleo de direitos prestacionais indispensável não apenas para a sobrevivência física do indivíduo, mas também no sentido da fruição de seus direitos fundamentais” (ESPOLADOR; FURLAN, 2008, p.02) apresenta-se como o contraponto ao argumento da reserva do possível. Segundo Barreto (2003, p. 120) “encoberta pela ilusória racionalidade que caracteriza a reserva do possível como o limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, esse argumento ignora em que medida é consubstancial a todos os direitos fundamentais”.

Esse argumento utilizado constantemente pelo Estado incorpora o risco de que a invocação do princípio da reserva do possível “estabeleça uma relação de continuidade entre a escassez dos recursos públicos e afirmação de direitos que acabe resultando em ameaça à existência de todos os direitos” (BARRETO, 2003, p. 121).

Definir precisamente o termo “mínimo existencial” não é tarefa das mais fáceis. Para Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2013, p. 20 – 21) não se consegue quantificar de forma precisa qual (ou quanto) é o mínimo existencial suficiente para proporcionar uma vida digna, devido às muitas variáveis para esta

definição, tais como tempo, lugar, expectativas, necessidades, padrão socioeconômico vigente e esfera econômica e financeira.

Mesmo assim, Sarlet e Figueiredo (2013, p. 19) afirmam que é a garantia do mínimo existencial o elemento que “obriga o Estado à prestações que criem condições materiais mínimas para uma vida digna dos seus cidadãos”.

Sarlet e Figueiredo (2013, p. 21) apontam as premissas sobre os quais se funda o mínimo existencial: no princípio da dignidade da pessoa humana; no direito à vida e à integridade física, não apenas como proibição de violação, mas como postura ativa de proteção; no direito geral de liberdade, porque a pessoa para ser autônoma precisa de ter garantidas condições mínimas de existência.

Sarlet (2001, 59 - 62) enfatiza que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada, quando a todos e a qualquer um, o Estado e a sociedade, garantam “nem mais nem menos do que uma vida saudável”. Para isto é válido o argumento do mínimo existencial, não para garantir apenas que a pessoa não passe fome, mas que para tenham todos “o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna”. E o direito à saúde representa o sentido mais amplo do direito ao mínimo existencial, com a preponderância da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, que precisam ser blindados contra qualquer intervenção.

4.4 A JUDICIALIZAÇÃO POR AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE NO DIREITO À SAÚDE

O conteúdo da norma só se completa com a interpretação constitucional, o que lhe dá vida é a concretização dos direitos teoricamente estabelecidos. Entretanto, em que pese as normas sobre direitos fundamentais serem de aplicação imediata conforme dispõe o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, a efetividade dos direitos sociais tem dificuldade de sair do papel. E um dos motivos alegados pelo Estado é exatamente a reserva do possível, a insuficiência de recursos para prover as demandas da população por saúde por dificuldade de adequação orçamentária.

Ana Paula de Barcelos (2007, p. 10 - 15) entende que orçamento suficiente para contemplar os direitos à saúde depende mais de prioridades orçamentárias e gerenciamento dos recursos, do que de falta de condições financeiras. E apresenta os seguintes fundamentos para sua interpretação.

É amplamente reconhecido que ao Estado cabe a promoção e a proteção dos direitos fundamentais. Isto se dá por meio de omissão ou de ações estatais. Compete ao Poder Público agir para efetivar direitos como a aquisição de educação formal, prestações de saúde, de segurança ou condições de habitação. E as ações para a efetivação envolvem decisões sobre o dispêndio de recursos públicos.

É inegável a competência dos Estados para dispor os recursos para implementar suas ações de acordo com o recebimento de receita. Os gastos ficam condicionados ao orçamento público e isto significa priorizar certos direitos, mesmo que isto exclua ou restrinja gastos com outros direitos. Políticas públicas envolvem altos custos, como os recursos são limitados é preciso saber escolher onde os valores serão aplicados. Aqui surge uma grave questão. As normas são fartas em delimitar os recursos, suas fontes e sua distribuição, mas não há igual interesse na fiscalização da correta utilização destes recursos.

A realidade a que se tem acesso, ainda de acordo com Ana Paula de Barcellos (2007, p. 16), é que há, com relações às despesas públicas, desperdício e ineficiência, incompatibilidade com as prioridades constitucionais, gastos elevados com publicidade governamental, entre outros gastos mal direcionados, que originam a precariedade na prestação de serviços essenciais como saúde e educação.

Este impasse entre os direitos sociais não efetivados na medida necessária, a alegação da reserva do possível e a obrigatoriedade de se garantir o mínimo existencial tem levado à judicialização das demandas por direitos, essencialmente em questões de saúde.

É corriqueiro ter-se conhecimento de casos em que a vida da pessoa depende de um medicamento de alto custo, que ele não pode pagar e que recorre ao Estado, que também alega incapacidade de adquirir por conta de seu parco orçamento.

Assim sendo, as pessoas tem recorrido ao Poder Judiciário na busca pelo direito à saúde, quer seja pedindo um leito hospitalar, um medicamento, uma cirurgia.

Um caso emblemático tem causado repercussão na doutrina e na jurisprudência no que pertine a julgamentos de ações requerendo o direito à saúde, que representam a insatisfação das pessoas com as prestações estatais e a crescente e discutível interferência do Poder Judiciário nas atividades do Legislativo e do Executivo.

A decisão deste impasse está sendo aguardada por inúmeras pessoas que

precisam de medicamentos pelos quais não podem pagar.

Trata-se do Julgamento proferido pelo STF no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, Ceará (STA 175-AgR/CE)⁸, sobre o qual se

⁸ STA 175 CE **Partes** UNIÃO, ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO (APELAÇÃO CÍVEL Nº 408729-CE - 2006.81.00.003148-1), MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, CLARICE ABREU DE CASTRO NEVES, MUNICÍPIO DE FORTALEZA, DÉBORA CORDEIRO LIMA, ESTADO DO CEARÁ, PGE-CE - ILIA FREIRE FERNANDES BORGES DJe-117 DIVULG 24/06/2009 PUBLIC 25/06/2009 **Julgamento** 16 de Junho de 2009 **Relator Ministro Gilmar Mendes:** Ainda que essas questões tormentosas permitam entrever os desafios impostos ao Poder Público e à sociedade na concretização do direito à saúde, é preciso destacar de que forma a nossa Constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação deste direito. O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Examinemos cada um desses elementos. (1) direito de todos: É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. [...] (2) dever do Estado: O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196. A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único. Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade. [...] (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas: A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada. (4) políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos: Tais políticas visam à redução do risco de doença e outros agravos, de forma a evidenciar sua dimensão preventiva. As ações preventivas na área da saúde foram, inclusive, indicadas como prioritárias pelo artigo 198, inciso II, da Constituição. (5) políticas que visem ao acesso universal e igualitário: O constituinte estabeleceu, ainda, um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde. Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, na STA 91, ressaltou que, no seu entendimento, o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo (STA 91-1/AL, Ministra Ellen Gracie, DJ 26.02.2007). O princípio do acesso igualitário e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes da Federação, garantindo, inclusive, a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art. 7º, IV, da Lei 8.080/90). (6) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes - o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação - do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de

apresenta em nota de rodapé parte do relatório formulado pelo relator Gilmar Mendes sobre os motivos de indeferimento do pedido feito pela União para não fornecer o medicamento.

Foi concedida à Autora da ação uma antecipação de tutela que obrigou a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza a fornecer o medicamento Zavesca (Miglustat). Trata-se de uma paciente portadora de patologia denominada Niemann-Pick tipo C. O custo mensal do tratamento foi orçado em R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais). O medicamento não estava previsto para se distribuído pelo SUS e tampouco pelas farmácias da rede pública.

Os agravados (poder público) contestaram a decisão alegando que a sentença causa “grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública”; ofende as normas e regulamentos do SUS; viola o princípio da separação dos poderes; ofende o sistema de repartição de competências e que inexistente responsabilidade solidária entre os integrantes dos SUS por falta de previsão normativa, além de pedirem o reconhecimento da ilegitimidade passiva da União.

A celeuma sobre a decisão de fornecer ou não medicamento de tão alto custo para somente uma pessoa foi tão grande que o STF realizou Audiências Públicas em abril e maio de 2009, com a “finalidade principal de discutir acerca dos aspectos jurídicos e da visão de outras áreas do conhecimento quanto ao direito à saúde”. A intenção da Suprema Corte foi também coletar informações que pudessem auxiliar os Ministros no julgamentos e outros processos e ter uma visão holística do problema (OUTEIRO; NASCIMENTO, 2015, p.1).

O relator Ministro Gilmar Mendes indeferiu o pedido de cancelamento de antecipação de tutela, fazendo constar às partes que a solicitação para pagamento do medicamento, alegando “não constatar grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública e que há prova pré-constituída favorável à manutenção da tutela antecipada”.

Outeiro e Nascimento (2015, p. 6) apontam vários limites apresentados na decisão da STA 175-AgR/CE, que podem ser considerados razoáveis, a saber: a natureza de direito subjetivo que (não) reveste os direitos sociais; a possibilidade de

inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados. A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88).

formulação de políticas públicas (através da ação popular) pelo Judiciário quando houver injustificada omissão por parte do Legislativo e Executivo; a injustiça que a judicialização excessiva e sem limites do direito à saúde pode causar.

O Ministro Gilmar Mendes frisou que seu julgamento favorável neste caso, que serve de embasamento para muitos outros pedidos desta natureza, não significa um efeito multiplicador, pois estas questões precisam ser analisadas caso a caso. Isto se verifica possível em ações em que o autor tem sua demanda indeferida, muitas vezes por falta de comprovação da necessidade do que está sendo pedido.

Em alguns casos petições requerendo medicamentos que não são concedidos pelo SUS e que possuem alto custo, vem sendo negados também com a fundamentação da reserva do possível. É o caso, por exemplo, em que Magistrados do Paraná decidiram pela estrita observação ao orçamento para negar fornecimento de medicamento para menor carente de recursos.

Em seu voto o Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná José Antonio Vidal Coelho assim justificou o indeferimento em seu parecer concedido ao processo nº 0421476-2⁹, em 22 de janeiro de 2008:

[...] a aquisição de remédio em comento constitui espécie de despesa pública que exige previsão orçamentária, na forma dos incisos I e II do artigo 136 da Constituição Estadual. Presente, portanto, a grave lesão à economia pública. Justifica-se a negativa administrativa do Estado em fornecer o remédio solicitado. Não se perca de vista os gastos realizados pelo Estado do Paraná para com a compra de medicamentos excepcionais.

Dois casos de indeferimentos dos pleitos judiciais têm causado grande repercussão no Brasil. No julgamento do Recurso Especial de nº 566471, o Estado do Rio Grande do Norte se recusou a fornecer o medicamento citato de sildenafil para uma senhora idosa e carente. A alegação para a recusa para pagamento pelo

⁹ DECISÃO: ACORDAM os Magistrados integrantes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso nos termos do voto do relator. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO A MENOR DE IDADE CARENTE DE RECURSOS ECONÔMICOS. AGRAVO MANIFESTADO CONTRA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA EM 1º GRAU. DECISÃO, TODAVIA, CORRETA. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC PRESENTES. DIFICULDADES BUROCRÁTICAS QUE NÃO JUSTIFICAM A RESISTÊNCIA DO ENTE PÚBLICO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Processo nº 0421476-2, 22/01/2008 17:00, DJ: 7545.

Estado foi o alto custo e o fato de o remédio não constar do programa estatal de fornecimento de medicamentos.

O Ministro Marco Aurélio votou dizendo que “saúde é um direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido por políticas sociais e econômicas”, mas que é necessário “assentar a validade da atuação judicial subsidiária em situações não alcançadas por essas políticas públicas”. Isto porque, mesmo com o STF vindo assegurar o acesso a medicamentos aos mais necessitados há alguns anos, o Judiciário precisa observar dois critérios para concretizar o direito à saúde: “a imprescindibilidade do medicamento para o paciente e a incapacidade financeira para sua aquisição, do beneficiário do fármaco e de sua família, responsável solidária”.

Em seguida, o Ministro Marco Aurélio expôs sua tese a ser aplicada na repercussão geral deste julgamento, como se observa na justificativa da decisão, a seguir:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento pelo Estado de medicamento de alto custo não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade, adequação e necessidade, e da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1710 do Código Civil.

Outro caso que causou grande repercussão e está sob análise pelo STF foi o julgado Recurso Especial nº 657718, pois o TJ/MG negou o pedido da autora da ação, que precisava do medicamento cloridrato de cinacalcete, sem registro na Anvisa à época do ajuizamento da ação. O tribunal estadual entendeu que não se pode obrigar o Estado a fornecer medicamento sem registro na Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, sob pena de vir a praticar autêntico descaminho, e que os medicamentos sem consenso científico podem colocar em risco ainda maior a saúde dos cidadãos.

Estes dois casos estão em pauta no STF e deverão orientar, a partir dos julgamentos, as ações para fornecimento de remédios pelo país. Em 28 de setembro de 2016 o julgamento sobre a validade de decisões judiciais que determinam a entes públicos sem registro na ANVISA foi suspenso mais uma vez, porque o

Ministro Teori Zavascki pediu visto, deixando o julgamento sem data marcada para retomada. Apenas três Ministros já votaram.

Em seu voto o Ministro Marco Aurélio diz que se o medicamento foi indispensável para a saúde da pessoa deve ser fornecido, seja registrado pela Anvisa ou importado.

O Ministro Luís Roberto Barroso votou contra a obrigação de o Ministério da Saúde fornecer remédios ainda não registrados pela ANVISA. Ele declarou ainda entender que a judicialização da saúde traz graves consequências, como “a desorganização administrativa do governo, ampla ineficiência da aplicação de recursos públicos e a seletividade no sistema de saúde”.

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin asseverou que o Judiciário pode determinar o fornecimento de medicamentos que não estão a lista do SUS, desde que alguns parâmetros sejam observados:

- que tenha havido prévio requerimento administrativo do medicamento;
- que tenha havido prescrição por médico da rede pública;
- que exista designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) ou pela denominação Internacional.

Em caso de negativa de dispensa pela rede pública é necessário também que o requerente dos medicamentos apresente laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparação requerido com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

5 SUPERAÇÃO AO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL BASEADO NA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA

Existe uma possibilidade concreta advinda do agir comunicativo, de que cidadãos, chegando a um consenso, criem alternativas para o atendimento aos direitos dos cidadãos. Segundo Joel Souto-Maior, essa racionalidade comunicativa foi definida por Habermas como “a capacidade de dois ou mais sujeitos chegarem através da interação dialógica a um consenso, sobre questões relacionadas com a verdade, justiça e a autenticidade” (HABERMAS *apud* SOUTO-MAIOR, 2012, p. 55).

“A racionalidade comunicativa é orientada para a obtenção, sustentação e revisão de consenso: não qualquer consenso, mas o que repousa no reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis” (SOUTO- MAIOR, 2012, p. 55).

Embora seja obrigação do Estado garantir o direito à saúde, o atendimento está aquém do necessário, o que faz surgir iniciativas privadas ou parcerias entre Estado e empresas para prover esta deficiência. O Estado precisa atentar para o fluxo de interação permanente das necessidades da sociedade e dos recursos financeiros disponíveis, sendo que a efetivação de direitos sociais precisa ser ajustada de acordo com a necessidade das demandas sociais. Porém, limitações impedem que este fluxo aconteça da maneira desejada.

Muito embora tenha-se conhecimento da limitação advinda da Administração Pública, isso não tem contribuído suficientemente para a reformulação de novas maneiras de concretização do direito à saúde. O que tem crescido atualmente é o ceticismo social decorrente de experiências frustradas e da falta de soluções. No entendimento de Márcia Lúcia Lopes da Silva,

no plano legal, a assistência social é uma política de inclusão social, um direito do cidadão e dever do Estado, que tem no município o *lócus* privilegiado para desenvolvimento de suas ações sob controle da sociedade, com visibilidade, transparência e comando único (SILVA, 2008, p. 227 – 228).

O processo de inclusão social do Brasil enfrentou e ainda enfrenta grandes obstáculos. Com o objetivo de reduzir desigualdades sociais e aumentar a justiça, o Brasil aderiu a ações afirmativas, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo objetivo seria suprir o desamparo na prestação dos direitos à população ao longo do tempo.

Políticas públicas de cunho social significam um dever de reflexão e uma postura moral do Estado brasileiro e das empresas privadas, diante de um povo oprimido pelo desmando e descaso do poder público com os menos favorecidos financeiramente. Necessário se faz uma distribuição justa da receita obtida pelo poder público e por empresas de iniciativa privada que contribuam para, senão erradicar, ao menos minimizar as diferenças sociais.

Nota-se, no que tange ao direito à saúde, grande carência no setor, seja na sua estrutura física, humana, no material de trabalho, na distribuição de medicamentos e vacinas. É vital a necessidade de comunicação entre setor público e setor privado, uma vez que tal desigualdade no acesso à saúde não pode aumentar.

A grande dificuldade na implementação de políticas públicas consiste na justificativa de que o Estado não dispõe de recursos suficientes para abranger todas as esferas sociais. Este posicionamento do Estado alegando a reserva do possível derivada de orçamento insuficiente, somado ao baixo interesse das empresas privadas, que se manifestam de forma irrisória quando poderiam contribuir significativamente para suavizar a situação, além de obstruir o sucesso na implementação de políticas públicas não está garantindo o mínimo existencial e a dignidade pertinentes aos cidadãos brasileiros.

5.1 RESPONSABILIDADE SOCIAL

Em tempos de retorno da crise econômico financeira que o Brasil vem atravessando, se mostra primordial um debate em torno de suas supostas origens e consequências, em um contraponto com as crises enfrentadas anteriormente no cenário mundial.

Neste panorama, em todos os momentos e, em especial, nos momentos de crise como o atual, surge a necessidade de visualização do papel da responsabilidade social do Estado bem como da responsabilidade social em geral, que pode ser empresarial.

O Brasil é um país que apresenta forte desigualdade na distribuição de renda. De acordo com dados do Imposto de Renda, informados pela Receita Federal, com base nos dados de 2015, 2,5 milhões de famílias brasileiras da classe A (que perfazem apenas 2% da população) são responsáveis por 37,4% da renda nacional, enquanto

que 53% da população estão nas classes D e E. Isto sem considerar o imenso contingente que se encontra na extrema pobreza, até mesmo sem ser dimensionado.

A responsabilidade social do Estado é intrínseca à sua função governamental. Cabe ao Estado, em suas esferas federal, estadual e municipal criar políticas públicas que contemplem os mais necessitados, aqueles que estão na base da pirâmide e que sofrem com a miséria, por falta de saneamento, de estudo, de trabalho, de saúde.

Ana Catarina Piffer Gonçalves (2011, p. 57) afirma que

políticas públicas são as diretrizes das ações sociais em conjunto com seu grande precursor, ou seja, o poder público, por meio de procedimentos, planejamentos e planos que estabeleçam linhas para aplicação dos recursos financeiros de modo a garantirem o mínimo necessário para sobrevivência digna do ser humano.

Criar condições mais dignas para a população de menor renda e para os que estão em situação de extrema pobreza não é um favor estatal, é obrigação, pois a pobreza é também resultado de questões políticas, econômicas e sociais. Gonçalves (2011, p. 58) crê que é responsabilidade do Estado criar projetos sociais que funcionem como uma “espécie de proteção social de modo a conter, quando não estancar, as formas de exclusão social visando à efetivação dos direitos sociais previstos pela Excelsa Carta”. Isto se faz necessário para que todos façam parte da sociedade, sem restrição dos direitos.

A saúde, ainda pelas palavras de Gonçalves (2011, p. 60), é um dos pilares da sobrevivência humana. É necessário que o agir estatal neste setor de modo que toda a população tenha garantida sua cidadania e qualidade de vida, independentemente de suas posses, pois “um indivíduo enfermo sequer consegue coexistir quanto mais exercer com dignidade as atividades rotineiras”.

O atendimento às necessidades prementes e vitais esbarra no surrado argumento de dotação orçamentária, a qual de acordo com o governo é insuficiente para todas as demandas da população carente de saúde, moradia e educação, entre tantos outros direitos garantidos constitucionalmente.

Toda empresa para existir precisa cumprir um aparato burocrático que começa por possuir o CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica), documento auferido pelo Ministério da Fazenda e pela Receita Federal, que permite que a atividade empresarial exista oficialmente. Através do registro da atividade o empresário se sujeita às normas e tributações legais.

Ou seja, a empresa existe porque é legalmente autorizada para funcionar e seja qual for sua atividade só existe em razão da sociedade, porque sem clientes estará fadada ao fracasso.

A sociedade global tem exigido, cada vez mais, posturas sustentáveis das empresas que atuam no mercado. Entretanto, para um mercado liberal e capitalista é muito difícil que as empresas abandonem a visão do lucro imediato e invistam a longo prazo em ações sustentáveis.

Essa dicotomia entre o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento sustentável ainda está marcado como expressões antagônicas para as empresas tradicionais. Mudar essa forma de pensamento não é somente um desafio, revela mais ainda uma questão de sobrevivência para as empresas modernas. Contudo, essa não é uma tarefa fácil, na medida em que algumas ações nesse sentido influenciam em curto prazo na percepção dos lucros das empresas.

Diversamente do que possa aparentar, a responsabilidade social da empresa não se confunde com a função social da empresa, como entabulado no artigo 170 do Texto Constitucional. Seu papel, está muito além disso, ou seja, muito embora não exista um conceito definido do que seja, a responsabilidade social envolve ações em benefício da sociedade civil como um todo, não somente do público interno da empresa, que pode perfeitamente ser beneficiado por ações socialmente responsáveis.

A função social seria definida como um objetivo a ser alcançado em benefício da sociedade. Fábio Konder Comparato (1986, p.75) definiu “a função social como poder-dever de vincular a coisa a um objetivo determinado pelo interesse coletivo”.

Para Eduardo Tomasevicius Filho (2003, p.40),

a função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos.

Já a responsabilidade social da empresa “consiste na integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na interação com a comunidade (TOMASEVICIUS, 2003, p. 46).

A definição de responsabilidade social vem prevista assim na *web site* do Instituto Ethos:

A forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais que impulsionem o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos, ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais (ETHOS, 2017).

Até o século XX o engajamento de empresas em questões sociais se dava de forma esporádica e tímida, sendo que cabia exclusivamente ao Estado a responsabilidade por atender a população por meio de serviços e programas sociais, cabendo às empresas apenas o papel da maximização de lucros e geração de empregos.

Somente a partir da década de 80, com a democratização, as empresas brasileiras foram se identificando com a possibilidade de promover ações para marcar sua responsabilidade social e sua participação no desenvolvimento do país. Antes o que havia era esmola, geralmente através das igrejas, e o entendimento generalizado de que atender às necessidades da população era obrigação exclusiva do Estado.

A partir da intensificação tecnológica e da globalização os empresários começaram a perceber que somente vantagens com relação ao preço das mercadorias não são suficientes para conquistar e manter o mercado consumidor.

A responsabilidade social ganhou maior força a partir do momento em que o Estado passa a descumprir seu papel com a sociedade, cabendo ao empresário este encargo.

Empresas e sociedade passam a criar relações que vão se moldando à medida que mudanças sociais ocorrem, sendo que a própria sociedade cria expectativas diferentes em relação às empresas, contando que elas revelem responsabilidade com o meio em que se encontram.

O conceito de responsabilidade social é amplo e complexo, sendo que em resumo pode ser entendido como “o comprometimento da empresa com a sociedade através de atitudes que a atinjam de forma positiva, assumindo obrigações de caráter ético e moral que vão além das estabelecidas em lei”, mesmo que não possua relação com suas atividades cotidianas, mas que contribua para o desenvolvimento da coletividade (ASHLEY, 2002, p. 98).

Para Clodomiro José Bannwart Júnior (2012, p 2):

Subsídios variados diagnosticados na estrutura da sociedade contemporânea apontam a responsabilidade social como conceito ainda em construção, fruto da mudança de valores e da ampliação de recursos tecnológicos que

estabelecem, com grande intensidade, ampla rede de conectividade social. Resulta a responsabilidade social numa prática requerida por exigências do próprio formato das sociedades contemporâneas, não deixando o conceito meramente limitado à adjetivação mercadológica de marketing social.

A responsabilidade social pode ser interna quando abrange seu quadro de pessoal tanto quanto externa quando se dirige a determinados grupos da sociedade.

Para o Estado as iniciativas empresariais que objetivam alcançar a justiça social auxiliam na manutenção das políticas assistenciais, além de apresentarem de forma ética certos produtos e serviços desejados pelos consumidores.

Uma empresa que atua com responsabilidade social pode crescer e ter reconhecimento também fora do país. Nesse sentido, “a empresa, então, deve ser vista tanto do ponto de vista local como também da sua força de atuação no cenário global, destacando sobremaneira os impactos decisivos desse mesmo processo” (BANNWART JUNIOR, 2015, p. 39).

O cumprimento da responsabilidade social ainda garante a efetividade do princípio da separação entre Estado e sociedade, qual seja a garantia jurídica de uma autonomia social que atribui a cada um, enquanto cidadão, as mesmas chances de utilizar-se de seus direitos políticos de participação e de comunicação. Sobre tal assunto é o entendimento de Habermas:

A sociedade civil precisa amortecer e neutralizar a divisão desigual de posições sociais de poder e dos potenciais de poder daí derivados, a fim de que o poder social possa impor-se na medida em que possibilita, sem restringir, o exercício da autonomia dos cidadãos (HABERMAS, 1997, p. 219).

O que se nota é que “a responsabilidade social deve ser empresarial deve justificar-se a partir das mudanças ocorridas no âmbito das sociedades contemporâneas, a partir do lastro das teorias sociais” (BANNWART JUNIOR, 2012, p.1).

Atualmente, não resta dúvidas, principalmente dos empresários, que os produtos ofertados no mercado, carregam uma marca e uma confiabilidade e que o menor descuido pode ser o responsável pela ruína da empresa, “daí a necessidade de ações transparentes, negociações legítimas, balanços publicizados e transmissão de confiança para o consumidor” (BANNWART JÚNIOR, 2012, p. 3).

O mercado tem deliberado que a circulação e o acúmulo de riquezas sejam gerenciadas de forma racional e sustentável, sendo isto resultado de mudanças recentes exigidas pela sociedade. Pode-se afirmar que atualmente, as empresas que buscam manter-se no mercado por um longo período precisam adequar-se aos anseios sociais, ou seja, deverão preocupar-se não apenas com seu objeto principal que é o lucro. “Hoje, o lucro torna-se consequência da competência de as empresas lidarem com os múltiplos objetivos, sobretudo, sociais e ambientais, que despontam no cenário produtivo” (BANNWART JÚNIOR, 2012, p.5).

Deste modo, as empresas compõem a sociedade, e como parte do todo precisam corroborar com o desenvolvimento social, sob pena de ver frustrado seu objetivo maior que é a obtenção de lucro.

5.2 TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS

A justiça posta teoricamente, calcada no aspecto legal e jurídico, é comprovadamente insuficiente, nem todos os cidadãos tem acesso aos direitos que lhes cabem. O ser humano quer, com razão, ser portador de direitos e se sentir valorizado em sua dignidade humana, quer ver a concretização de suas necessidades e de seus legítimos anseios, quer ter acesso à saúde, educação, moradia, oportunidades em pé de igualdade com os outros cidadãos.

Porém, para uma sociedade ser sadia e igualitária, já que nem todos tem a mesma condição intelectual, social e econômica, não basta o cidadão desejar justiça e benefícios para ele, o ideal é que ele busque uma sociedade justa também para aqueles com quem ele convive, até mesmo porque uns dependem dos outros.

Para John Rawls (1992, p. 2) a concepção básica de justiça parte da “ideia intuitiva fundamental da sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre os cidadãos como pessoas livres e iguais”. A Teoria da Justiça de Rawls visualiza precipuamente duas finalidades: dignidade e senso de justiça nas pessoas; forte estabilidade social. O contrato social, no qual Rawls acredita, apregoa “a importância da justiça, a necessidade da cooperação e o valor da mútua compreensão” mas esbarra em decisões concretas e individuais, na diferença de pensamentos individuais, que oscilam entre viver egoisticamente centrado em seus próprios problemas ou preocupar-se com a sorte dos demais seres. O projeto que visa a

dignidade pessoal e se importa com o outro, apontando para uma sociedade justa, deveria se situar no interior de um projeto maior, realizado pelas instituições públicas em favor dos cidadãos, todavia não ocorre exatamente assim (PEGORARO, 1995, p. 84 – 87).

O Estado é reconhecidamente deficiente para suprir parte das necessidades básicas de seus cidadãos mais desvalidos. O projeto político-deliberativo de Rawls, que entende ser suficiente “o consenso entre sujeitos racionais dotados de autonomia moral acerca do conteúdo de princípios de justiça necessários para regular a estrutura básica de uma sociedade plural”, enfrenta severas críticas pela dificuldade que é, na prática, cidadãos de diferentes doutrinas terem seus argumentos aceitos por um número suficiente de pessoas racionais e interessadas em contribuir com a sociedade e com a gestão pública (GANEM; ZETTEL. 2012, p. 3).

Neste sentido, é de grande importância conhecer-se o pensamento de Jürgen Habermas que, como Rawls, busca alcançar consenso entre cidadãos autônomos que facilitem a vida político-democrática, porém por um caminho bem diferente. Para Habermas “a estrutura da democracia está situada em bases deliberativas, e na formação de um sistema de direitos capaz de legitimar a ordem jurídico-política do Estado”. Através de sua Teoria da Ação Comunicativa ele aglutina elementos que não se prendem à filosofia política, mas sim busca na linguagem parâmetros suficientes para a compreensão da racionalização social do mundo moderno (GANEM; ZETTEL. 2012, p. 2 - 3).

A existência do Estado justifica-se pela necessidade de organização, de sanção e de execução de políticas públicas, porque o direito precisa ser positivado e a vontade política cria programas que devem ser implementados. Essas implicações jurídicas objetivas advêm de direitos subjetivos. Todavia, os direitos subjetivos necessitam concretizar-se nos direitos fundamentais postos constitucionalmente. Organismos públicos existem para que os direitos e sanções sejam estatuídos, tomem forma jurídica e passem a obrigar a coletividade (HABERMAS, 1997, p. 170).

O poder só pode estabelecer-se tendo como pressuposto um código jurídico criado na esteira dos direitos fundamentais, o que muitas vezes não ocorre. O Estado adquire figura institucional ao organizar as funções da administração pública, mas não basta aos seus representantes, escolhidos pelo voto, tomarem decisões na forma da lei. Não é exatamente a lei que legitima o exercício do poder político. Só é legítimo o

poder que consegue aceitação racional por parte dos membros do direito, os cidadãos. E que atende às suas necessidades. O princípio que diz que “todo o poder político parte do povo” só será concretizado quando, comunicativamente diluídas, opiniões e decisões particulares articuladas racionalmente, liguem o poder do Estado legítimo à vontade dos cidadãos (HABERMAS, 1997, p.171 – 173).

O direito racional vem denunciar a diferença entre o direito, tomado como forma de qualquer tipo de poder a que o Estado se atribua, da ordem de poder que legitime o Estado que se apóia na autoridade de leis justificáveis. No poder instrumentalizado apenas por leis abre-se uma lacuna carente de legitimidade. O poder de dominação autorizado por um direito super positivista impõe que se deixe para trás duas colunas que não mais se sustentam: o direito instaurado politicamente e o poder utilizável instrumentalmente” (HABERMAS, 1997, p. 186).

O conceito de autonomia política, apoiado no discurso, com fulcro na Teoria da Ação Comunicativa, esclarece que “a produção de um direito legítimo implica a mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos”. Segundo Hannah Arendt “o poder surge entre os homens quando agem em conjunto, desaparecendo tão logo eles se espalham”. Ademais, ainda de acordo com os ensinamentos de Hannah Arendt, “se o poder da administração do Estado, constituído conforme o direito, não estiver apoiado num poder comunicativo normatizador, a fonte da justiça, da qual o direito extrai sua legitimidade, secará” (HABERMAS, 1997, p. 187 – 188).

O processo de normatização do direito terá peso muito maior se valer-se da lógica existente nos questionamentos e argumentos dos cidadãos, que entram na formação da opinião e da vontade do legislador. O princípio do discurso inclui os atingidos por qualquer tipo de normativo, que podem validá-lo ou não. Quando as normas de ação assumem a forma jurídica entram em jogo questionamentos de todas as nuances, que correspondem aos diversos tipos de discursos e negociações. O tratamento racional dessas questões, opiniões e vontades coletivas devem levar a resoluções fundamentadas na persecução de fins que atendam o máximo de pessoas possível e que normatizem a convivência, devem ainda formar decisões políticas (HABERMAS, 1997, p. 199). Jüngen Habermas (1997, p. 212) afirma também que

é possível desenvolver a ideia do Estado de direito com o auxílio de princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo da caminho do direito legitimamente normatizado.

[...]

No princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade vem de encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio forma a charneira entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de direito.

O princípio da soberania popular, ainda interpretado pela Teoria do Discurso de Habermas (1997, p. 212 – 213, implica em:

a) princípio da ampla garantia legal do indivíduo, através de uma justiça independente;

b) princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração;

c) o princípio da separação entre Estado e sociedade, para impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar pelo filtro da ação comunicativa do poder.

Isto ocorre porque a soberania popular significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos.

O direito, na visão de Habermas, não pode ter sua perspectiva de evolução reduzida ao direito privado, deve considerar a amplitude de sua conexão com o direito público. Mais do que isto, o direito precisa atender à racionalidade da norma, considerando sua conexão com a moral. Sendo assim, a pretensão de Habermas, ao longo de sua obra, é “mostrar que o direito exerce funções sistêmicas na sociedade, mas que o núcleo de sua racionalidade é movido pelo nível pós-convencional”. Os conflitos decorrentes de interesses divergentes da sociedade encontram, na moral e no direito, com fundamentação discursiva, o equilíbrio para restaurar a normalidade. O alcance normativo é percebido pelo indivíduo de forma pós-convencional, o que lhe faz agir movido pela racionalidade natural de executar ações em busca de sua finalidade e não em função de ações normativas orientadas ao entendimento. (BANNWART JR, 2012, p. 87 – 88).

Para solucionar o problema Habermas entende que o requisito essencial é a racionalidade da ação, que se desdobra em três regras distintas:

1) instrumental: trata de racionalizar e construir meios adequados à ação;

2) estratégica: visa eleger os meios de ação, pela influência da opinião dos atores envolvidos na ação;

3) comunicativa: pauta-se pela busca de justificação de normas e valores envolvidos na ação pretendida (BANNWART JR, 2012, p. 85).

As sociedades evoluem por meio do conhecimento disponível nas imagens do mundo real, e tal conhecimento passa a ser incorporado nas ações. As pessoas são afetadas por problemas sistêmicos, que colocam em xeque a estrutura social existente e estruturada normativamente. Em decorrência dos problemas que surgem, a evolução da sociedade passa pela mudança do modelo de integração social, que necessita para tanto alcançar um novo nível de aprendizado. Por crer neste fato Habermas afirma: “toda onda evolutiva é caracterizada por instituições nas quais são encarnadas as estruturas de racionalidade de um estágio de desenvolvimento imediatamente superior” (BANNWART JR, 2012, p. 90).

Para Clodomiro José Bannwart Júnior (2012, 94 – 96), com a Teoria da Ação Comunicativa, Habermas leva adiante a noção de aprendizagem como motor de evolução social, juntando a esse componente a interação social. O que importa é as pessoas compartilharem o conhecimento e coordenarem ações no plano individual ou no plano social. O aprendizado muda crenças normativas e guia a ação social. O aprendizado de que trata Habermas é o “aprendizado de adultos que interagem e alcançam o entendimento recíproco sobre fatos ou normas”. A racionalidade comunicativa alcançará seu intento quando apresentar argumentos e poder de reflexão, que justifiquem ações que provoquem desenvolvimento social.

Da racionalização progressiva da sociedade ocorre a diferenciação entre dois contextos de integração social: o comunicativo, relativo ao mundo vivido; e o sistêmico, relativo aos sub-sistemas econômico-financeiro e político-administrativo.

Em cada um desses sistemas a coordenação da ação para a prática social pode ser pública ou privada. O domínio público é representado por suas instituições. De outro lado, no contexto comunicativo, encontram-se as interações voltadas para o entendimento mútuo, ocorrem ações solidárias e se articulam diversas formas interativas quer seja na escola, família, religião ou em outros formatos sociais. As pessoas se organizam, de forma eventual ou institucionalizada, para expressar e realizar racionalmente sua vontade e opinião (GARCIA. 2013, p. 115 – 116).

José Marcelino de Rezende Pinto (1995, p. 3) apreende dos ensinamentos extraídos da obra de Jürgen Habermas, que a ação comunicativa reproduz do mundo da vida estruturas simbólicas de cultura, sociedades e pessoas e, com isto, transmite

o conhecimento, forma personalidades e integra a sociedade. Ao contrário, o Estado social, ao intervir na vida dos cidadãos em busca de justiça social, com a burocratização que acompanha essa intervenção, acaba prejudicando os beneficiários, não atende às suas reais demandas, pois trata de forma abstrata situações concretas, oferece apenas compensação material quando a população precisa emancipar-se e caminhar sozinha.

A Teoria da Ação Comunicativa de Habermas, ainda pela disciplina de José Marcelino de Rezende Pinto (1995, p. 13), observa que o poder da solidariedade pode servir de barreira ao poder econômico e administrativo, para que prevaleça o mundo da vida e não o sistêmico. As posições nascidas da livre discussão da população sobre os temas conflitantes e as propostas apresentadas para solucionar as questões garantem eficácia e responsabilização pelas decisões tomadas, podendo até ser executadas pelo poder administrativo. Nota-se a necessidade de melhor comunicação, para que as decisões levem em conta a participação dos que sofrem os efeitos das ações do Estado.

A proposta de Habermas é fazer com que as condições de racionalidade sejam compatíveis com as condições do consenso alcançado comunicativamente. Ele quer mostrar, a esse respeito, que a comunicação linguística, tendo como *telos* imanente o entendimento, cumpre alguns pressupostos racionais, os quais contemplam a racionalidade própria dos sujeitos capazes de linguagem e de ação. Essa racionalidade, imanente à linguagem, penetra através de atos comunicativos a dimensão empírica das interações sociais e cumpre funções de reprodução social, isto é, permitem a manutenção e sobrevivência dos mundos sociais da vida. Nesse sentido, é significativo o fato de a racionalidade da ação orientada ao entendimento ser transformada no potencial de racionalização dos mundos da vida, visto que “[...] a linguagem cumpre funções de entendimento, de coordenação de ação e de socialização dos indivíduos, convertendo assim em um meio através do qual se efetuam a reprodução cultural, a integração social e a socialização” (HABERMAS, 2003, p.124).

Mas não apenas isso, a ação comunicativa é também vista como condição de possibilidade de assegurar o entendimento entre sistemas e mundo da vida; portanto, entre aspectos de ordem privada e o domínio público. E a estrutura jurídica é o lócus que no qual o entendimento comunicativo pode se realizar. Daí a importância de o

direito preservar uma base institucional para a manifestação plena da ação comunicativa em condições de dialogar, inclusive, com os aspectos sistêmicos da sociedade, como o mercado e o aparato burocrático do Estado.

As reflexões de Habermas apontam o direito como alternativa essencial aos mecanismos democráticos pautados na linguagem e na comunicação. O princípio da democracia necessita ser institucionalizado na forma jurídica para funcionar como operacionalizador do princípio do discurso, promotor do debate, da tematização crítica e da realização de consenso como forma de resolução de problemas que evitem o conflito. Nesse sentido, o princípio do discurso ou comunicação deve fazer sentido em uma forma jurídica que permita a igualdade entre autonomia privada e pública, ponto que perseguimos em nossa dissertação, a saber, a relação entre a dinâmica pública do Estado e os setores privados que, igualmente, cumprem, na dinâmica da sociedade, uma função social e uma responsabilidade social.

5.3 DIÁLOGO ESTADO-EMPRESA PARA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O que se percebe pela análise do tema em questão é que a grande problemática em torno da saúde surge no instante em que tal direito fora positivado, tanto em tratados internacionais como na Constituição Brasileira, passando a constituir dever estatal, sendo considerado marco do desenvolvimento humano como objetivo do Estado.

A atribuição de competência para explorar ou manter determinado setor implica atribuição de responsabilidade estatal em garantir sua oferta, o que não significa que todo setor de atividades deva ser qualificado como serviço público (ARAGÃO, 2007, p.407). Parte das atividades de responsabilidade da Administração Pública, pode ter sua prestação garantida satisfatoriamente pelo setor privado.

Os princípios constitucionais que norteiam o direito a saúde são a universalidade a integralidade do acesso e integralidade do atendimento¹⁰.

¹⁰ Nota-se que, enquanto a universalidade e igualdade constam na segunda parte do artigo 196 da Constituição Federal e voltam-se a todas as atividades de assistência à saúde, a integralidade do atendimento consta do inciso II do artigo 198 do texto constitucional, como uma diretriz a ser adotada para a organização de todo o sistema público de saúde.

Por universalidade e igualdade do acesso entende-se a responsabilidade estatal pela oferta de serviços de saúde a todas as pessoas que deles necessitem, sem qualquer discriminação.

Já a integralidade do atendimento, prevista no artigo 198 da Constituição Federal, configura uma das diretrizes a serem observadas na organização do sistema público de saúde. No que se refere a integralidade da assistência, está previsto no artigo 7º, II da Lei 8.080/90.

Partindo deste ponto de vista, é inegável que o acesso à saúde é direito de todos e dever do Estado, contudo, de forma isolada, a Administração Pública não detém de condições suficientes para sua efetivação, conforme demonstrado nos capítulos anteriores.

O momento de crise coloca em evidência a necessidade de uma política econômica-social em parceria com o setor privado, já que “com o advento de uma nova fase de austeridade, a capacidade dos Estados de fazer a mediação entre os direitos dos cidadãos e os requisitos de acumulação de capital foi severamente afetada” (STREECK, 2012, p.54). “A reflexão sobre a moral e a ética ganhou muita popularidade no Brasil ao longo dos últimos dez anos. Tradicionalmente as questões relativas à moral eram tratadas com certo menosprezo” (RODRIGUEZ, 2002, p. 01)

Frente a essa problemática cabe uma análise a respeito de um novo pacto social, onde Estado, sociedade civil e setor privado caminhem na mesma direção, gerando deste modo uma mudança de prioridades, sobretudo do mercado empresarial, fazendo com que a iniciativa privada trabalhe muito mais com a responsabilidade social.

A opinião pública brasileira esperava que a democracia se consolidaria sem problemas, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Acontece que a nossa Carta trouxe mais perplexidades do que soluções. O primeiro problema constituiu em que ela negava, na segunda parte, o que apregoava na primeira. Ou seja: Os direitos do cidadão que apareciam claramente defendidos na primeira parte, tornar-se-iam inviáveis na segunda (RODRIGUEZ, 2002, p. 02);

Portanto, o que se nota é que o Estado já não mais dispõe de força suficiente para a proteção de seus cidadãos quanto aos efeitos de decisões provenientes do âmbito externo, sobretudo, da esfera econômica (BANNWART JUNIOR, 2015, p. 46 Dar continuidade a ações em prol da sociedade como um todo em períodos onde a crise se instala é ter um olhar além do momento que se atravessa, é investir na

população e de certa forma colaborar para a superação de um difícil momento econômico.

Atualmente, afirmar que o setor privado nada tem a ver com a crise que se instala no âmbito da saúde, seria fechar os olhos para os anseios da sociedade e permitir o agravamento de uma situação que já se encontra deveras caótica.

Políticas públicas são de responsabilidade do Estado, mas não somente isso, este ônus também cabe à iniciativa privada (RUA, 2009, p. 39). Percebe-se que, na maioria das vezes, os problemas de saúde que demandam maiores despesas de tratamento poderiam ter sido evitados com simples prevenção, medicação adequada ou um acompanhamento clínico rotineiro. Esta situação se transforma em um ciclo vicioso, no qual a falta de cuidados básicos ocasiona o aumento pela demanda de atendimentos de alta complexidade, gerando como consequência um maior gasto em saúde, visto que os procedimentos mais complexos são mais onerosos.

Na maioria das vezes falta orçamento, falta mão de obra, falta medicamento, estrutura física, entre outros itens, sendo que o trabalho na saúde é feito de forma a minimizar os prejuízos, o que ocasiona uma enorme queda de produtividade, cobrindo apenas o *déficit* no atendimento em urgência, em emergência e em alta complexidade ainda percebe-se que “o desprezo à vida, sob suas mais variadas formas, mostra que compromissos firmados ao redor do mundo, destinados a albergar todos os seres humanos, sem exceção, nem sempre são cumpridos” (ESPOLADOR; FURLAN, 2008. p.04)

Uma solução para diminuição da situação caótica em que se encontra a saúde atualmente é que setor privado e Estado caminhem juntos, ou seja, deixem de atuar em lados opostos e se unam para oferecer um serviço de qualidade à população.

Este novo modelo de gestão propõe a mudança do papel do Estado na economia, deixando de ser interventor e agindo muito mais como regulador. O apego excessivo às regras e procedimentos burocráticos faz com que o modelo de saúde gerido unicamente pelo Estado seja ineficiente, de tal forma que o diálogo com entes privados traria maior flexibilização dos meios, sendo este modelo muito mais democrático. Os contratos mais flexíveis e o cumprimento de metas previamente pactuadas trazem resultados mais eficientes.

A sociedade está em constante mudança e em contrapartida, como resultado a saúde também, portanto o Sistema Único de Saúde, deve acompanhar essa evolução e se adequar aos novos moldes exigidos.

O grande desafio a ser superado pelo Estado contemporâneo em todas as suas áreas de atuação, consiste em aproveitar ao máximo a atuação da iniciativa privada e garantir que esta ocorra de maneira segura, eficiente e sem desvios. A grande questão consiste em encontrar os meios adequados para tal consecução.

O desenvolvimento humano depende da garantia dos direitos sociais, como é o caso do direito à saúde, o qual demanda a regulamentação do Estado, por meio de prestações de modo contínuo e adequado.

É necessário que o vínculo firmado entre Estado e iniciativa privada garanta os princípios do serviço público, gerando, desta forma, a imposição de uma série de deveres ao prestador privado quanto a garantia de estabilidade e do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

O diálogo e o trabalho em conjunto das empresas públicas e privadas surgem no sentido de facilitar e apoiar a Administração Pública na estruturação e melhorias na qualidade dos serviços prestados, contribuindo para o aumento nos índices de crescimento do país e melhorando a infraestrutura. Certos programas criados por empresas privadas mostram que este é o caminho, que atitudes empresariais podem beneficiar as pessoas, lhes permitindo uma vida mais digna e auxiliando o Estado a vencer a deficiência de recursos.

5.3.1 RELATO DE CASO A - HOSPITAL EM SALVADOR/BA

Exemplo claro de como pode funcionar a parceria Estado – setor privado se pode observar no Hospital do Subúrbio em Salvador/BA, primeiro hospital que viabilizou o sistema de trabalho conjunto com o Estado, conforme a reportagem da Revista Época (ANEXO A).

O que se verifica neste caso é um hospital completamente diferente dos hospitais públicos que acostuma-se a encontrar. Neste hospital não há macas espalhadas pelo corredor, o atendimento é ágil, humanizado, não há espera por horas ou dias para conseguir atendimento.

Os moradores de Salvador/BA e cidades vizinhas tem o privilégio de poder contar, desde 2010, com um hospital público, que atende gratuitamente, porém com a qualidade de um hospital particular. Foi construído pelo governo baiano, mas é operado pela Prodal Saúde, empresa privada que venceu o leilão para administrar e equipar o Hospital.

Além do atendimento de excelência e dos equipamentos modernos, o custo deste hospital é 10% menor do que os hospitais geridos pelo governo da Bahia. Isto ocorre, nas palavras do presidente da organização, Jorge Oliveira porque, esta que é primeira parceria público privada (PPP)¹¹ na área hospitalar no Brasil, funciona com uma agilidade que a administração pública não possui.

Além de receber a aprovação da maioria dos usuários, o Hospital do Subúrbio conquista vários prêmios por sua atuação eficiente e inovadora, como ser eleito como uma das cem iniciativas mais inovadoras do mundo pela KPMG, renomada empresa de consultoria e auditoria, e receber o prêmio Parcerias Emergentes do IFC, braço financeiro do Banco Mundial.

A empresa que recebeu a concessão contrata os médicos e todo o quadro de trabalhadores para o Hospital, que não possuem estabilidade, precisam mostrar bom desempenho. A instalação conta com 313 leitos, 60 na UTI e 253 na enfermaria, em quartos de no máximo 3 pacientes. Além disto, 60 leitos são cedidos para internação em domicílio, o que não é feito pelos hospitais públicos.

Os equipamentos para imagens e exames são de última geração e os resultados costumam ficar prontos no mesmo dia. O fato de não necessitar licitação pública agiliza a manutenção e a compra de insumos básicos como seringas e algodão.

¹¹ O presente trabalho pretende analisar a atuação conjunta entre o Poder Público e a iniciativa privada, afastando os conceitos em torno da reserva do possível. Não se trata de uma abordagem exclusiva do modelo de Parceria Público-Privada - PPP, mas uma pretensão de abordagem mais ampla. Entretanto, utiliza-se no Anexo A um exemplo de PPP que poderia corporificar a análise em tela. A propósito, segue definição legal de PPP: Lei 11079/2004. Art. 2º: Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

5.3.2 RELATO DE CASO B - PARCERIA COM HOSPITAIS PARTICULARES EM SÃO PAULO/SP

Outro exemplo trazido pelo ANEXO B é do ocorrido recentemente na cidade de São Paulo/SP, onde o prefeito recém-eleito João Dória firmou uma parceria com hospitais particulares para que a fila por exames fosse zerada. A ideia principal do mutirão foi realizar 485.300 exames em 90 dias.

Neste caso, a conclusão chegada com a análise da lista de espera por inúmeros exames é que algumas pessoas nem precisavam mais dos exames, sobrecarregando a fila desnecessariamente, enquanto outras tinham urgência ou precisavam submeter-se a procedimentos mais simples.

A ousada iniciativa, prometida na campanha eleitoral de João Dória, e posteriormente executada pela gestão da capital paulista a partir do início de 2017, tem um custo de 17 milhões de reais. O governo municipal se aliou para o mutirão a 8 hospitais privados com a missão de zerar uma imensa fila de exames.

Pacientes que esperavam sem data marcada por um exame, as vezes há vários meses, foram atendidos rapidamente para fazer tomografia, ultrassonografia, mamografias, entre outros exames de alto custo, em hospitais de reconhecida qualidade, como é o caso do Hospital do Coração, no Jardim Paulista, bairro de classe alta da zona oeste da cidade de São Paulo.

Pessoas que esperavam há mais de seis meses foram reavaliadas para se constatar se ainda necessitavam dos exames, os demais entraram de imediato no regime especial de mutirão. A ideia do Prefeito atual é zerar a fila, para que a partir disto os exames não demorem mais de um mês para serem realizados.

Pesquisa realizada revelou que era normal os paulistanos esperarem, em média, cinco meses por uma consulta com médico especialista e esperar de quatro a seis meses para realizar os exames solicitados.

Hospitais considerados de excelência fazem parte do mutirão e não tem prejuízo com este atendimento a pessoas carentes. O Hospital Sírio Libanês explica que já realizava 3000 ultrassonografias por mês para o SUS, mas durante o Programa municipal intitulado Corujão da Saúde a meta passou para 5.240 exames.

A vantagem econômica para a empresa vem da isenção de impostos federais, através do Programa de Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde (Proadi).

6 CONCLUSÃO

A incompatibilidade entre a garantia dos direitos fundamentais e a realidade econômico-social brasileira foi evidenciada no decorrer do trabalho, já que muito embora os direitos fundamentais sociais estejam previstos no ordenamento interno e também internacional, estes não vem sendo concretizados pelo Estado de forma satisfatória.

Não há que se discutir a fundamentalidade do direito à saúde, não somente pelo fato de ser positivado na Constituição Federal e garantido como cláusula pétrea, mas principalmente pelo fato de ser um direito atrelado à dignidade da pessoa humana, primado do Estado Democrático de Direito, que não traduz simplesmente condição de sobrevivência humana, mas além disso, traduz a garantia de uma existência digna.

A problemática da efetividade dos direitos sociais consiste no fato de que, embora estes possuam aplicabilidade imediata, não há recursos disponíveis para sua realização, o que sujeitaria a sua exigibilidade à reserva do possível, no sentido de que os direitos só podem ser satisfeitos na medida do orçamento estatal.

De acordo com a nova ordem constitucional tal objeção deve restar superada, sob pena de retroceder a um passado antidemocrático. É necessário a compreensão de que os direitos sociais, mesmo que necessitem de alguma regulamentação legal, não dependem desta para sua aplicação, haja vista que sua existência não está condicionada à criação de lei ou à vontade estatal. Ao contrário disto, as leis e ações do Estado é que precisam estar de acordo e ser orientadas com base nos direitos fundamentais para concretização da dignidade da pessoa humana. Um direito não deixa de ser direito mesmo diante da falta de recursos para executá-lo, o que não retira sua vinculatividade.

Assim, com base no texto constitucional, o presente trabalho partiu da premissa de que direitos sociais são direitos fundamentais, subjetivos, plenamente justificáveis, o que expressa a obrigatoriedade do Estado em cumprí-los, de modo que os direitos sociais são direitos propriamente ditos e não caridade do Poder Público, sendo que este precisa dispor de alternativas para sua concretização.

Considerar que os direitos sociais sejam normas meramente programáticas seria negar sua aplicabilidade imediata, bem como negar seu caráter subjetivo, o que

significaria colocar no esquecimento todas as conquistas sociais alcançadas até hoje, bem como renegar o caráter social do Estado Democrático de Direito.

O que se verificou é que os direitos sociais são concretizados por meio de políticas públicas, que por sua vez se instrumentalizam por meio de orçamento público que deve estar de acordo com os anseios sociais, o que fica demonstrado que sua efetivação é uma decisão estritamente política.

A atual crise, tanto política quanto econômica, que o Brasil atravessa impede que direitos sociais, em especial o direito à saúde, sejam efetivados de forma satisfatória pelo ente Estatal, sendo que o presente trabalho buscou através da teoria da ação comunicativa habermasiana propor um diálogo, para cooperação recíproca entre Poder Público e empresas privadas ligadas ao setor da saúde.

Foi proposto uma desburocratização dos procedimentos ligados ao setor público, inclusive contratação mais rápida de profissionais, dispensa de licitação para aquisição e manutenção de equipamentos, o que garantiria uma maior efetividade na concretização do direito à saúde.

O que se verifica na sociedade contemporânea não é apenas a mera falta de implementação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais, mas uma verdadeira deficiência estatal na execução e gestão de gastos orçamentários.

O momento é o mais adequado para se falar em responsabilidade social empresarial, não há mais como uma empresa existir olhando apenas para si mesma e fechando os olhos diante dos anseios da coletividade.

Como já mencionado anteriormente, a estrutura deve funcionar em prol dos direitos, não os direitos em prol da estrutura. Com isso, é necessário a superação do argumento da reserva do possível, que visa suprimir a concretização do direito à saúde da população, como se este já não estivesse bastante sufocado.

Falar em diálogo entre Estado e empresas privadas significa dar um passo adiante para superação da crise que atravessamos, significa olhar para a sociedade, diminuir filas de espera para cirurgias, para procedimentos de saúde, para entrega de medicamentos, que muitas vezes não são realizados pelo custo excessivo que a burocracia do Poder Público impõe.

Necessário se faz existir uma melhora na prestação dos serviços públicos, aperfeiçoar o orçamento para uma melhor qualidade da gestão pública. A vista disso, verificou-se a necessidade de se aliar Estado e empresas privadas, já que é notório a

ineficácia do Estado que age sozinho. Dialogando e encontrando soluções compatíveis é que Estado e entes privados conseguirão melhorar o serviço de saúde oferecido hoje à população.

É certo que o ideal seria que direitos sociais fossem cumpridos espontaneamente pelo Estado por meio de políticas públicas, porém se olharmos para a realidade, o que se nota é que a satisfação espontânea de direitos sociais é omissa e deficitária. Além disso, os cidadãos estão sobrecarregando o Poder Judiciário com ações que constitucionalmente falando não deveriam nem existir, já que o Estado deveria estar cumprindo o seu papel.

Nota-se que enquanto a reserva do possível for um argumento plausível vai existir restrição a efetivação de direitos sociais. Entretanto, embora a falta de orçamento impeça sua aplicabilidade, estes não deixarão de ser direitos e de vincular o Estado à sua aplicação.

A principal limitação da reserva do possível é o mínimo existencial que, ao contrário dos direitos sociais que possuem a característica de princípios, esta adquire no ordenamento o caráter de regra, o que denota serem direitos definitivos.

O que se defendeu neste trabalho é que exista uma colaboração tanto do Poder Público quanto da iniciativa privada e não a concessão absoluta e irrestrita de todos os meios para concretização do direito à saúde, não como espécie de caridade, mas sim de “parceria” para que a população não seja prejudicada, superando o verdadeiro caos instalado na área da saúde hoje.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Marcos Pinto. **A formação do Estado Liberal e sua evolução ao Estado Social**: transformações nas relações jurídicas privadas no século XIX. Disponível em: <http://www.fabelnet.com.br/unempe2/ver_artigo.php?artigo_id=61>. Acesso em 05 abr. 2017.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.
- ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). **Pós – neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. Disponível em: <<http://paje.fe.usp.br/~mbarbosa/cursograd/anderson.doc>> Acesso em 29 mar. 2017.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997.
- ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. **Emergência e Desenvolvimento do Welfare State: Teorias Explicativas**. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Marta/Arretche_1996_BIB.pdf>. Acesso em 29 mar. 2017.
- ASHLEY, Patrícia Almeida. **Ética e Responsabilidade Social nos Negócios**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. Rio de Janeiro: Globo, 2008.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROS, Marcos Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: Fabris, 2008.
- BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. Teoria Crítica da Sociedade e Evolução Social. In: NOBRE, Marcos; REPA, Luiz (Orgs.). **Habermas e a reconstrução**: sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana. Campinas: Papyrus, 2012.
- _____. **Questões Contemporâneas do Direito**. Curitiba: Instituto Latino Americano de Argumentação Jurídica, 2015.

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

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. Nº 15 – janeiro/ fevereiro/ março de 2007, p. 1 – 31. Salvador/BA: 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_control_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2017.

_____. **Globalização, empresa e responsabilidade social**. Scientia Iurídica, v.LXI p. 22-40, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: **Revista de Direito Processual Geral**, nº 56, 2002, p. 201 - 227. Rio de Janeiro: UERJ, 2002.

_____. **Curso de Direito constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTIAT, Frédéric. **A Lei**. 3. ed. Traduzido por Ronaldo da Silva Legey. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed., 13. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, **Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990**. Estabelece condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 20. set. 1990.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl., 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projetos obrigam União a investir no mínimo 10% do Orçamento em Saúde**. 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/420829-PROJETOS-OBRIGAM-UNIAO-A-INVESTIR-NO-MINIMO-10-DO-ORCAMENTO-EM-SAUDE.html>>. Acesso em 06 jun. 2017.

_____. **Projetos de Leis e Outras Proposições**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=533729>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Almedina, 1982.

CAPELLA, Francisco. **Anarcocapitalismo, minarquismo e evolucionismo**. Disponível em: <<http://expressoliberalidade.com.br/anarcocapitalismo-minarquismo-e-evolucionismo/>>. Acesso em 05 abr. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, V. 3, p. 289 – 300. Curitiba: Academia, Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 40, p. 67-89, 2002.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, nº 63, p. 71-79, 1986.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

EL PAÍS – BRASIL. **Dória enfrenta seu primeiro desafio na saúde: acabar com a fila de exames**. São Paulo, 17 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/13/politica/1484324921-874879.html>>. Acesso em 02 abr. 2017.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; FURLAN, Andressa Cristina. **Algumas considerações sobre o mínimo existencial à luz da dignidade da pessoa humana**. 2008. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Rita_e_Alessandra_Minimo_Existencial.pdf> Acesso em 10 jun. 2017

ESTEVES, João Luiz Martins. Estado e jurisdição na concretização dos direitos fundamentais sociais. **Revista Jurídica da Unifil**, Ano III - nº 3. Londrina: EdUnifil, 2006.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERRAZ, Sergio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

FIORI, José Luís. Federalismo e Reforma Tributária In: AFFONSO, Rui de Brito (Org.). In: **A federação em perspectiva: ensaios selecionados**. São Paulo: FUNDAP, 1995.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5.ed., rev., atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FUCS, José. Em Salvador um hospital público que parece privado: o Hospital do Subúrbio mostra que o governo não precisa gastar mais para oferecer um atendimento de qualidade à população. **Revista Época**. 29 abr. 2014. Disponível <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2014/04/em-salvador-um-bhospital-publicob-que-parece-privado.html>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

GANEM, Fabricio Farone; ZETTEL, Bernardo. **John Rawls e Jürgen Habermas: dois projetos deliberativos para uma democracia pluralista**. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22657/john-rawls-e-jurgen-habermas-dois-projetos-deliberativos-para-uma-democracia-pluralista>>. Acesso em 19 mar. 2017.

GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. Políticas públicas: atividade estatal x participação de empresas privadas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (Orgs.). **Políticas públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos**. Birigui: Boreal, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista**. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. 4ª edición. Tomo II. Madrid: Taurus Humanidades, 2003

HILLE, Marcelo Luiz. **Os direitos da personalidade e a tributação: uma perspectiva de concretização do direito à saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

INSTITUTO ETHOS. **Definição de Responsabilidade Social Empresarial**. Disponível em: <http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/pt/29/o_que_e_rse/o_que_e_rse.aspx> Acesso em 30 mar. 2017.

KEYNES, John Maynard. **Os Economistas: A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/090320170036_Keynes_TeoriaGeraldoempregodojuroedamoeda.pdf> Acesso em 30 mar. 2017.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LIMA, João André Ferreira. **Intervenção estatal no domínio econômico**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33442/intervencao-estatal-no-dominio-economico>>. Acesso em 06 abr. 2017.

LUCK, Alan Saldanha. **Os direitos fundamentais e a reserva do possível**. *Revista Visão Jurídica*. Vol. 4, nº 45, p. 88-89. São Paulo: Escala, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Origem e formação do Estado**. Disponível em: <<http://professormarum.blogspot.com.br/2010/03/resumo-7-o-estado-origem-e-formacao.html>>. Acesso em 21 mar. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Entenda o SUS**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

_____. **Estrutura e Competências**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/estrutura-e-competencias#>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MISES, Ludwig Von. **As seis lições**. Tradução de Maria Luiza Borges. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.

_____. **Intervencionismo**: uma análise econômica. 2. ed. Tradução de Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MONTINEGRO, Monaliza Maelly Fernandes. **“Estado de Coisas Inconstitucional” pela efetivação do direito à saúde**. 15 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/01/15/estado-de-coisas-inconstitucional-pela-efetivacao-do-direito-a-saude/>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Sílvia Campos. **Juizados de pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.) **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Funções essenciais de saúde pública**. Disponível em: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=340&Itemid=444>. Acesso em 05 jun. 2017.

OUTEIRO, Gabriel Moraes de; NASCIMENTO, Durbens Martins. **Judicialização do direito à saúde e suas limitações**: a repercussão do julgamento da STA 175-AGR/CE pelo Supremo Tribunal Federal. Abril de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38509/judicializacao-do-direito-a-saude-e-suas-limitacoes/2>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

PINTO, José Marcelino de Rezende. **A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas**: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X1995000100007>. Acesso em 20 mar. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana. In: PAULA, Alexandre Sturion de (Coord.). **Ensaio Constitucionais de Direitos Fundamentais**. Campinas - SP: Servanda, 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. V. 1, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, nº 24. São Paulo: abril de 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100003>. Acesso em: 19 mar. 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 14. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. 5. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005.

RICO, Elizabeth de Melo. A responsabilidade social empresarial e o Estado: uma aliança para o desenvolvimento sustentável. **Revista São Paulo em Perspectiva**. Vol. 18 nº.4, São Paulo, Out./Dez. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392004000400009>>. Acesso em 14 jun. 2017.

ROCHA, Rogério Lannes. Pungente saudade. In: **Revista Radis, Comunicação em Saúde**. Nº 72, Agosto de 2008 p. 12-24. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://www.ensp.fiocruz.br/radis/revista-radis/133>>. Acesso em 08 mai. 2017.

RODRIGUEZ, Ricardo Vélez. **A ética da solidariedade e a violência latino-americana**. Revista Vertentes (UFSJ). vol. 20, 2002. Disponível em <<http://www.ecsbdefesa.com.br/fts/ESVLA.pdf>> Acesso em 12 jun. 2017.

ROSSINHOLI, Marisa; LAZARI, Rafael José Nadim de. Afinal, Qual o Modelo Estatal Brasileiro? In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (Orgs.). **Políticas públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade** – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos. Birigui: Boreal, 2011.

RUA. Maria das Graças. **Políticas públicas**. Florianópolis: UFSC, 2009. Disponível em: <http://portal.virtual.ufpb.br/biblioteca-virtual/files/pub_129087408.pdf> Acesso em 20 abr. 2017.

SANTOS, Maria Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direito Fundamentais Sociais e Proibição de Retrocesso: Algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: **Ensaio Constitucionais de Direitos Fundamentais**. DE PAULA, Alexandre Sturion. (Coord.). Campinas: Servanda, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl., 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIUM, 2010.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato; LEAL Rogério Gesta (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; COSTA, Fábio Natali; BARBOSA, Amanda. **Magistratura do Trabalho: formação humanística e temas fundamentais do direito**. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, Maria Lúcia Lopes da. Benefício da prestação continuada da lei orgânica da assistência social: Impacto e significado social. In: SPOSATI, Aldaísa (Org.). **Proteção social da cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SOUTO-MAIOR, Joel. **Planeação estratégica e comunicativa**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STREECK, Wolfgang. **As crises do capitalismo democrático**. Trad. Alexandre de Morales. Dossiê Crise Global. Novos Estudos. CEBRAP, 92, março 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial**. Notícia STF de 28 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em 13 jun. 2017.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A função social da empresa**. Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 92, p. 33 - 50, abril 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UNICEF BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos>>. Acesso em 04 jun. 2017.

ANEXOS

ANEXO A

<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2014/04/em-salvador-um-bhospital-publicob-que-parece-privado.html>



Em Salvador, um hospital público que parece privado

O Hospital do Subúrbio mostra que o governo não precisa gastar mais para oferecer um atendimento de qualidade à população

José Fucs, Salvador-BA, 29 de abril de 2014.

O Hospital do Subúrbio, em Periperi, bairro pobre e violento da periferia de **Salvador**, é a maior prova de que é possível melhorar a saúde pública no país sem ter de gastar uma fortuna. Primeira parceria público-privada (PPP) do Brasil no setor de saúde, o Hospital do Subúrbio alia o melhor de dois mundos: é um hospital público, com atendimento gratuito, com a qualidade de um bom hospital particular. Construído pelo governo baiano, o Hospital do Subúrbio é administrado, operado e equipado pela iniciativa privada desde sua inauguração, em setembro de 2010. O melhor: seu custo é, segundo a Secretaria de Saúde da Bahia, cerca de 10% mais inferior ao de hospitais similares geridos diretamente pelo governo do Estado. “Administrar um hospital – pessoal, insumos, equipamentos – é algo complexo, que exige uma agilidade que o Estado não tem”, diz Jorge Oliveira, presidente da Prodal Saúde, empresa que ganhou a concessão do Hospital do Subúrbio por dez anos, num leilão realizado na BM&F Bovespa em março de 2010.

>> O Brasil que funciona

O pioneirismo da PPP do Hospital do Subúrbio coube, ironicamente, a um governo ligado ao PT – partido que, em campanhas eleitorais, opõe-se a privatizações de forma veemente. Mesmo correndo o risco de ser criticado por correligionários, o governador **Jaques Wagner** deixou de lado a ideologia e adotou uma atitude pragmática. Com o limite de recursos próprios, uniu-se à iniciativa privada. Ao final, não apenas reforçou a rede pública de hospitais de urgência e emergência em **Salvador** – que não crescia havia 20 anos –, como economizou o dinheiro que teria de usar para equipar o hospital. Esse investimento, R\$ 30 milhões até agora e uma estimativa de outros R\$ 30 milhões até o final do contrato, em 2020, foi todo feito pela concessionária. O Estado, responsável pela construção do prédio, gastou mais R\$ 50 milhões na obra.

“Fizemos uma opção heterodoxa pela combinação de várias alternativas de gestão, sem preconceito de nenhuma natureza”, afirma Jorge Solla, ex-secretário de Saúde da Bahia e ex-secretário de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde no primeiro mandato de **Lula**. Petista histórico, Solla coordenou o projeto de concessão do Hospital do Subúrbio ao setor privado e deixou o cargo no fim de janeiro, para concorrer a uma vaga na Câmara dos

Deputados. “Quem está na gestão tem de fazer o diagnóstico dos problemas e encontrar a melhor ferramenta para dar conta deles. Não basta dizer que não pode.”

Houve oposição feroz à iniciativa por parte de médicos do setor público e servidores da área de saúde. Ainda hoje, o projeto é alvo de críticas, especialmente no aspecto ideológico. “Essa PPP é uma enganação”, diz Inalva Fontenelle, presidente do sindicato dos trabalhadores em saúde da Bahia. “É uma forma de privatizar o setor de saúde, dentro do modelo de Estado mínimo que se criou no país nos anos 1990.”

Apesar da gritaria, o Hospital do Subúrbio é um sucesso. Tornou-se, em pouco tempo, uma referência no Brasil e no exterior. Em meados de 2012, foi eleito como uma das 100 iniciativas mais inovadoras do mundo pela KPMG, uma das principais empresas internacionais de consultoria e auditoria. Em abril de 2013, o hospital recebeu o prêmio Parcerias Emergentes, do IFC, o braço financeiro do Banco Mundial, e do *Infrastructure Journal* como um dos dez melhores projetos de PPP da América Latina e do Caribe. Antes, já recebera um prêmio semelhante da revista *World Finance*, sediada em Londres. “O Hospital do Subúrbio é um exemplo do que conseguimos fazer quando trabalhamos com o Estado e, ao mesmo tempo, trazemos a experiência do setor privado para oferecer serviços de qualidade aos mais necessitados”, afirmou Jim Yong Kim, presidente do Banco Mundial, em visita ao hospital há um ano. Mais importante, o hospital conquistou a satisfação quase unânime dos usuários, de acordo com uma pesquisa realizada há pouco tempo com pacientes, familiares e visitantes.

“O hospital é nota mil”, disse a ÉPOCA o motorista particular Aderson Barreto Brito, de 24 anos. Ele estava internado num quarto da enfermaria, com mais dois pacientes, em janeiro. Passara por uma delicada cirurgia, para fazer um enxerto na perna esquerda, com tecido tirado da coxa. O objetivo era reparar um “deslucamento” – lesão causada pela separação da pele e do tecido subcutâneo – sofrido num acidente como passageiro de um mototáxi. “Ele está sendo bem cuidado. Sempre dão atenção a ele”, afirmou sua mãe, Ademauro Barreto Brito, de 42 anos. Ela nasceu na Bahia, mas radicou-se em São Paulo e foi ver de perto como estava o filho e acompanhar sua recuperação.

Com 313 leitos, 60 na UTI e 253 na enfermaria, além de mais 60 para internação em domicílio, o Hospital do Subúrbio não tem pacientes deitados em macas ou colchonetes espalhados pelos corredores, como é costumeiro em hospitais públicos. Os quartos da enfermaria costumam receber no máximo três pacientes. Em geral, os resultados dos exames costumam sair no mesmo dia da solicitação. Os equipamentos de diagnóstico por imagem, como ultrassonografia e tomografia, são de última geração. As imagens são armazenadas na rede do hospital e podem ser acessadas a qualquer momento na UTI, no centro cirúrgico ou na enfermaria. Como a manutenção tem de ser feita pela concessionária, fica mais fácil chamar a assistência técnica para consertar as máquinas, porque não é preciso fazer licitação. Isso também facilita a compra de insumos básicos, como soro fisiológico, seringas e algodão. Eles podem ser comprados a qualquer momento. “O setor público compra equipamentos de boa qualidade”, diz Lícia Cavalcanti, diretora-geral do hospital, com larga experiência no setor público de saúde. “Mas, para fazer a manutenção, é muito burocrático.”

No Hospital do Subúrbio, os médicos e funcionários administrativos são contratados pela concessionária, não pelo Estado. Não têm estabilidade, como nos hospitais públicos. Podem ser substituídos a qualquer hora, se não tiverem bom desempenho. Quando

médicos ou funcionários saem de licença-maternidade, o hospital pode contratar servidores temporários para substituí-los, em vez de ficar com o quadro reduzido. Segundo Lícia, o paciente é atendido pelo mesmo médico da internação até a alta, exceto nos casos de emergência, atendidos pelos médicos de plantão. O acompanhamento e o tratamento pós-operatório costumam ser feitos pelo mesmo médico que fez a cirurgia. Isso facilita o acesso dos pacientes aos médicos e a avaliação dos profissionais, além de contribuir para reduzir o tempo de permanência do paciente no hospital, um dos principais problemas dos hospitais públicos. “Um hospital de urgência e emergência precisa ter rotatividade, para liberar leitos para quem está saindo da emergência”, afirma Lícia. “Não é um lugar para morar. É para ter uma passagem rápida.”

Desde o início da concessão, o valor do contrato sofreu quatro revisões. Passou de R\$ 103,5 milhões para R\$ 151,5 milhões por ano – um salto de 46%. Além de cobrir a alta dos custos, segundo Solla, o ex-secretário de Saúde, isso se deve à ampliação do número de leitos, internações e procedimentos em relação ao previsto no contrato original. Ele diz que, ainda assim, o custo por paciente do Hospital do Subúrbio continua competitivo em relação a hospitais similares administrados diretamente pelo Estado, porque o aumento de custos atinge toda a rede hospitalar. “A inflação no setor de saúde é maior que a média”, afirma.

De acordo com Solla, as metas quantitativas e qualitativas, das quais depende o pagamento mensal da concessionária, foram superadas com folga até agora. A infecção hospitalar ficou em 6,5 casos por 1.000 atendimentos, no último trimestre de 2013, bem abaixo do máximo de 20 por 1.000 previstos no contrato. O índice de rotatividade do hospital deveria ser de, no mínimo, 4,9. Está em 23,6. “Claro que temos falhas, mas procuramos identificá-las e modificá-las”, diz Lícia.

O Hospital do Subúrbio tornou-se vítima de seu próprio sucesso. A qualidade do atendimento e das instalações atraiu uma demanda maior do que se previa. O espaço interno teve de passar por adaptações. Algumas áreas reservadas a ventilação e iluminação no projeto original tiveram de ser reformadas para permitir o aumento no número de leitos. Até o refeitório teve de ser ampliado, para o hospital poder contratar mais funcionários. Embora voltado ao atendimento de urgência, ele chega a receber 400 pacientes por dia, a maioria com problemas corriqueiros. Para não abrir mão de suas conquistas, o hospital adotou uma escala de classificação de risco, que prioriza os casos mais graves. Ainda opera num nível 30% acima de sua capacidade. A sala de medicação, desenhada para receber seis pacientes, foi improvisada para acomodar mais três.

No momento, o governo inicia a construção de uma unidade pré-hospitalar ao lado, para atender os casos mais simples. Sua gestão também deverá ficar a cargo da Prodal, empresa que gerencia e opera o hospital. Isso ainda está em negociação e depende da definição de novas metas e do valor adicional pago à concessionária. Com o término da obra, previsto para o início de 2015, espera-se que o movimento no Hospital do Subúrbio diminua bem. “No Brasil, as emergências hospitalares ainda recebem uma demanda grande de pacientes que deveriam ser absorvidos pelo posto de saúde”, diz Solla. “A população procura um hospital de emergência para coisas básicas, e isso toma tempo e espaço.”

Apesar dos contratemplos, o governo baiano prepara novas PPPs para a saúde. Uma delas é para construir e equipar o segundo bloco do Instituto Couto Maia, em Salvador,

voltado para doenças infecciosas. Ao contrário da PPP do Hospital do Subúrbio, no Couto Maia a equipe de profissionais será formada por servidores do Estado. Outro projeto prevê a construção de uma central de laudos para diagnósticos por imagem, para modernizar o serviço nos hospitais ligados ao governo estadual. A concessionária será responsável por integrar em rede 12 hospitais, de Salvador e do interior, e pelo investimento em equipamentos. Depois, a ideia é interligar os demais hospitais do Estado ao sistema e permitir que exames e laudos possam ser acessados em qualquer hospital do Estado. Com criatividade e ousadia – e sem preconceito ideológico –, é possível desenvolver projetos inovadores e alcançar resultados estimulantes até numa área carente de investimentos no Brasil, como a saúde pública.

ANEXO B

http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/13/politica/1484324921_874879.html

Seções
EL PAÍS
BRASIL

Doria enfrenta seu primeiro desafio na saúde: acabar com a fila dos exames.

Novo prefeito de São Paulo amplia parceria com hospitais privados para realizar mutirão e atacar a espera por 485.300 exames. Para especialista, é preciso investir na estrutura

São Paulo, 17 de janeiro de 2017.

Já passavam das 20h da última terça-feira quando o prefeito recém-eleito de São Paulo, João Doria, chegava ao andar dedicado às tomografias do hospital HCor, no Jardim Paulista, bairro de classe alta da zona oeste da capital. Falou com a imprensa e, em seguida, circulou pelos corredores para encontrar três dos beneficiados pelo programa que lançava naquela noite: o Corujão da Saúde. "Estão sendo bem atendidos?", perguntou Doria. Eles assinalaram com a cabeça enquanto disparavam, apressados, um "sim".

A iniciativa, alardeada durante a campanha das eleições municipais do ano passado, é uma espécie de mutirão temporário de exames que custará à gestão 17 milhões de reais e será feito em parceria com entidades de saúde privadas. Tem a ambiciosa missão de, em 90 dias, acabar com a longa espera de pacientes por um exame médico. Segundo a prefeitura, 485.300 pedidos aguardam, atualmente, por vagas para a realização de ultrassonografias, tomografias, mamografias, entre outros exames - 40% deles, há mais de seis meses.

O porteiro noturno Adeílido Gomes, de 50 anos, chegara lá de ônibus, numa viagem de 45 minutos a partir do extremo oeste da cidade. Desde agosto esperava para realizar uma tomografia de face, pedida pelo médico do posto de saúde que procurou por não conseguir sentir mais o cheiro das coisas. Perto dele, a faxineira Graça Queiroz da Silva, de 48 anos, mal acreditava na sorte que tinha tido: passou no médico há apenas uma semana com uma forte dor de cabeça e acabou incluída no mutirão; na verdade, não deveria, já que ele vale apenas para pacientes que esperam há mais de um mês, mas foi contemplada porque, no sistema, constava que ela esperava há quatro meses por um exame, só que outro: um ultrassom da tireoide, ainda não marcado até aquele momento.

A iniciativa, que envolverá neste primeiro momento oito hospitais privados de São Paulo, que já eram parceiros da Prefeitura nas gestões anteriores, procura resolver um dos principais gargalos da saúde do município, área de maior reclamação do cidadão e que ajudou a minar a reeleição do ex-prefeito Fernando Haddad, muito criticado na periferia pela longa espera enfrentada na rede pública. A fila da espera da saúde, escondida em gestões anteriores, foi revelada pela primeira vez no início

da gestão Haddad e, no decorrer de seu Governo, aumentou muito em número, apesar de o tempo médio de espera ter sido reduzido, no caso dos exames, de três para seis meses, segundo dados daquela gestão. Para o ex-prefeito, isso demonstrava que houve um aumento do número de serviços disponíveis para a realização de exames.

Aos jornalistas, o secretário municipal da Saúde, Wilson Pollara, até poucos dias secretário-adjunto da Saúde do Governo do Estado, afirmava no HCor: "Em tese, neste momento, já não há mais uma fila de exames na cidade. Pacientes que esperam há mais de seis meses foram retirados automaticamente da espera para serem reavaliados por médicos e se verificar se ainda necessitam do exame. Os demais entrarão neste regime especial do mutirão. E, com isso, todos os pedidos que forem surgindo, a partir de agora, entrarão num fluxo *zerado* da rede e não devem demorar mais de um mês para serem feitos, afirmava ele.

Ainda que, de fato, a fila de exames consiga ser controlada, Doria ainda terá um grande desafio pela frente: manter esse número controlado e conseguir dar prosseguimento na resolução do problema de saúde desses pacientes. Dados repassados antes da eleição pela gestão Haddad mostravam que, em julho de 2016, a gestão tinha acumulado 251.649 pedidos de consultas com especialistas -aqueles que deverão analisar os exames desses pacientes. Uma pessoa esperava, em média, cinco meses por uma consulta -os dados atualizados, pedidos na última sexta, não foram repassados pela gestão Doria.

A falta de celeridade na avaliação dos exames pode acabar por torná-los pouco úteis, já que muitas doenças podem se modificar em poucos meses. "Meu filho está cheio de verrugas pelo corpo. Há dois meses que ele espera para passar com um especialista para descobrir o que é", contava a faxineira Graça, mostrando, na prática, como o problema é complexo. Pollara afirma que haverá um convênio com a Santa Casa de São Paulo para disponibilizar mais especialistas, mas não passou detalhes desta parceria.

Melhorar o sistema

Para o professor do Departamento de Medicina Preventiva da USP, Mário Scheffer, autor do estudo anual Demografia Médica no Brasil, mutirões como o proposto por Doria não são novidade no Sistema Único de Saúde e acabam apenas "enxugando gelo". Para ele, o esforço concentrado não tem efeito enquanto não se resolverem os problemas estruturais da rede. "A atenção primária [porta de entrada do usuário do SUS no sistema] expandiu muito nos últimos anos, mas não em quantidade suficiente. Ela ainda resolve pouco", diz ele, afirmando que é preciso ampliar o Programa de Saúde da Família, com médicos que visitam os pacientes em casa, e as Unidades Básicas de Saúde, que fazem o primeiro atendimento ao usuário (em casos não graves, já que estes são atendidos em prontos-socorros). "A má qualidade nesse primeiro atendimento gera esse número grande de pedidos de consultas com especialistas e exames", afirma ele, já que problemas simples, quando detectados cedo, podem não se agravar e isso evita intervenções mais específicas.

Ele também ressalta que a Prefeitura precisará pensar em formas mais atraentes para conseguir médicos para o trabalho na rede pública. São Paulo tem uma taxa de médicos por habitante comparável a de países de primeiro mundo (4,6 por 1.000 habitantes). Entretanto, há um déficit de 1.500 profissionais na rede pública municipal, especialmente entre os especialistas. Na última Demografia Médica, lançada no final do ano passado, detectou-se que 60% dos 57.800 médicos da capital têm título de especialização. Eles, entretanto, são escassos no sistema público. "Houve uma

precarização muito grande do trabalho ao longo do tempo. Os concursos pagavam muito pouco", explica ele, que sinaliza que a estabilidade no cargo pode atrair mais médicos se os salários forem melhores.

Para Sidney Klajner, presidente do Hospital Israelita Albert Einstein, parceiro na iniciativa, é preciso também atacar um mal que assola médicos tanto das redes públicas quanto da privada: o pedido em excesso de exames. "A maioria dos médicos não tem entendimento do que é custo em gestão de saúde. O que existe é um desperdício muito grande de recursos. É preciso passar a investir mais em qualidade de vida, saúde. E fazer apenas exames que o paciente realmente necessita", ressalta.

CORUJÃO REFORÇA PARCERIA COM ENTIDADES JÁ LIGADAS AO SUS

Na primeira etapa de credenciamento, o Corujão da Saúde reforçou a parceria da Prefeitura de São Paulo com entidades que já atuavam na saúde municipal desde gestões passadas. Serão oito hospitais, que vão ofertar, principalmente, exames de tomografia, ressonância e mamografia. O custo total previsto pela gestão Doria até o fim do projeto, que durará 90 dias, é de 17 milhões de reais.

Algumas instituições, entretanto, não devem receber nada a mais pelos exames. São instituições de excelência enquadradas no Programa de Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde (Proadi), um projeto do Governo federal que prevê isenções fiscais para instituições de saúde que desenvolvem trabalhos no SUS (podem ser desde atendimento ao usuário até suporte de pesquisa). A maior parte desses impostos que deixam de ser pagos, devido ao Proadi, é federal. Esse é o caso do Hospital Alemão Oswaldo Cruz, que ofertará para o programa de Doria 330 ressonâncias magnéticas, 4.800 tomografias e 2.400 ultrassonografias mamárias. Ana Paula Pinho, gerente de sustentabilidade do hospital, explica que desde 2008, 30% da isenção fiscal do Proadi vai para a Prefeitura. Os exames foram incluídos no escopo de atividades do programa federal. "A gente não receberá a mais por isso", diz ela.

Fernando Torelly, diretor-executivo do Hospital Sírio Libanês, explica que o hospital já realiza 3.000 ultrassonografias por mês para o SUS e, durante os três meses do Corujão da Saúde, esse número aumentará para 5.240. O hospital também fará os atendimentos por meio do Proadi. "Tínhamos ainda recursos em negociação para serem aplicados em projetos. A Prefeitura não nos remunerará, será a isenção dos impostos federais", explica.

O Albert Einstein também entra no Corujão ofertando exames pelo Proadi, mas apenas uma parte deles. Outra parte será por um contrato direto com a Prefeitura. A partir desta segunda-feira, o hospital começa a realizar 270 exames como ressonância e tomografias computadorizadas no hospital municipal Vila Santa Catarina, já administrado pela entidade. Mais 1.800 ressonâncias, raio-X e tomografias serão ofertadas nos próximos três meses em outras unidades próprias do hospital privado, além de 15.000 exames

laboratoriais, afirma o presidente Sidney Klajner. Pelos exames que não serão feitos pelo Proadi (a maioria), o Einstein receberá os valores da defasada tabela SUS, afirma a Prefeitura.

Já o hospital Santa Marcelina, que já é parceiro da Prefeitura desde gestões anteriores, participa do Corujão por meio de uma parceria que firmará com o Governo do Estado, em um hospital da rede que administra. Serão 80 tomografias a mais por mês. O hospital Sepaco também ofertará 1.600 exames de ressonância magnética a mais por mês. Participam ainda desta primeira etapa HCor, hospital Edmundo Vasconcelos e Santa Casa de Santo Amaro, segundo a Prefeitura. Outros hospitais estão sendo credenciados.