

DIREITOS SOCIAIS, SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS

SOCIAL RIGHTS, HEALTH AND PUBLIC POLICIES

ADRIANA DO VAL ALVES TAVEIRA¹
LUANA MICHALSKI DE ALMEIDA²

RESUMO: O presente trabalho, que aborda temas vinculados aos direitos sociais, mais especificamente, ao direito à saúde, tem por objetivo buscar na doutrina, legislação e jurisprudência noções gerais sobre saúde, políticas públicas voltadas à implementação desse direito fundamental e sua análise na Constituição Federal. Visando sua melhor compreensão, foi necessário proceder-se a uma breve análise histórica sobre a evolução das políticas de saúde adotadas no Brasil, abordando, como determinante em cada período, o contexto socioeconômico e político próprio, a partir do início do século XX. Por estar intrinsecamente ligado ao tema proposto, a teoria da "reserva do possível" também foi inserida como objeto de estudo. De antemão, podemos esclarecer que não há um conceito único de políticas públicas, em sentido geral podem ser compreendidas como programas de intervenção estatal obtidos com ações conjuntas ou particulares Estado visando a consecução de determinados fins setoriais ou gerais. Através de um método indutivo e sistemático chegamos a definições e conclusões que contribuíram para o entendimento do tema. A saúde é inserida no contexto jurídico como um direito social, caracterizado como o direito subjetivo, que permitem aos cidadãos não só direitos de agir, mas, principalmente, poderes de exigir do Estado que bem desempenhe suas atribuições fixadas constitucionalmente. Percebemos que o assunto tem passado por grandes transformações no sistema nacional, tanto no aspecto teórico, como no prático, inclusive, a Constituição Federal brasileira sofreu várias reformas que vêm possibilitando um tratamento com maior efetividade às questões relacionadas à saúde pública.

Palavras-chave: estado, direito, social, políticas, saúde.

ABSTRACT: This work, which addresses issues related to social rights, more specifically, the right to health, aims to seek the doctrine, legislation and jurisprudence general notions about health, public policies for the implementation of this fundamental right and its analysis in the Federal Constitution. Aiming at better understanding, it was necessary to a brief historical analysis of the evolution of health policies adopted in Brazil, addressing as a determinant in each period, the socioeconomic and political context of its own, from the early twentieth century. Because it is intrinsically linked to the proposed theme, the theory of "possible reserves" was also inserted as an object of study. Beforehand, we clarify that there is a unique concept of public policies in a general sense can be understood as state intervention programs conducted from the systematization of state actions aimed at achieving certain purposes or general industry. Through a systematic and deductive method definitions and come to conclusions that contributed to the understanding of the subject. Health is included in the legal context as a social right, described as the subjective right, allowing citizens to act not only rights, but mainly the power to require the State to perform its duties well established constitutionally. We realize that the subject has gone through major transformations in the national system, both in terms of theory, as in the practical, including the Brazilian Federal Constitution has undergone several reforms that have made possible a more effective treatment in matters relating to public health.

Key words: state, right, social, budget, health.

Sumário: 1 Introdução - 2 Direito à saúde - 3 Políticas públicas na área da saúde - 3.1 Perspectiva histórica - 4 Os direitos sociais e a reserva do possível - 5 Considerações finais - Referências.

¹TAVEIRA, Adriana do Val Alves. Doutora em Direito e Professora Adjunta do Curso de Direito da UNIOESTE – Campus de Francisco Beltrão. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Direitos Humanos. E-mail: adriana_val_taveira@hotmail.com.

²ALMEIDA, Luana Michalski de. Aluna do Curso de Direito de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Direitos Humanos. E-mail: luana_ma_pr@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Vemos, à partir do início do século XX, o surgimento de um Estado mais comprometido com a função social deixando, aos poucos, as premissas do Liberalismo e dando espaço às instituições do Estado Social Democrático. A função social do poder público relaciona-se diretamente com Direitos Humanos Fundamentais de segunda geração, conforme doutrina de Bobbio (1992, p. 49-66), os quais foram estabelecidos com muita ênfase na Constituição de Weimar, em 1919, e a partir daí, pelo mundo afora, como na Espanhola, em 1931, na Constituição Brasileira, em 1934, no governo de Getúlio Vargas.

O reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne à prática, uma vez que, nestes casos, o Estado deve intervir, ativamente, devendo haver uma organização do serviço do Estado.

Os Direitos sociais são aqueles que conferem aos cidadãos o poder de exigirem prestação positiva do Estado, por isso, denominados, por alguns autores, liberdades positivas; originados após a Revolução Industrial, como uma resposta do mundo capitalista às Teorias Marxistas, são direitos voltados ao bem-estar do indivíduo enquanto membro de um corpo coletivo.

Para tanto, Bobbio (1992, p. 56) propõe a indagação: qual o papel do Direito na transformação da sociedade? Segundo o autor, a sociologia em geral e a sociologia do direito em particular, estão na melhor condição possível para dar uma contribuição específica ao aprofundamento do problema. Continuando, o jurista afirma que os direitos sociais não se inserem entre os direitos próprios do estado de natureza. E, em relação ao que expõe sobre mudança social, demonstra que as exigências de direitos sociais tornaram-se tanto mais numerosas, quanto mais profunda a transformação da sociedade.

As exigências que se concretizam na demanda de uma intervenção pública e de uma prestação de serviços sociais por parte do Estado só podem ser satisfeitas num determinado nível de desenvolvimento econômico e tecnológico. Além de que, são precisamente certas transformações sociais e certas inovações técnicas que fazem surgir novas exigências imprevisíveis e inexequíveis.

No campo da aplicação dos Direitos do homem há uma defasagem, que se demonstra mais acentuada em relação aos direitos sociais, tanto é assim, que na Constituição se referem a eles, pudicamente, como normas programáticas. Bobbio (1992, p. 63) estabelece uma crítica a esse respeito:

Que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem? Só ordenam, proíbem ou permitem num futuro indefinido, sem prazo de carência...? Direitos que são confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política. Pode-se dar a denominação de Direito a esse fenômeno? O autor propõe um questionamento a esse respeito.

Bobbio (1992) entende que chamar de Direito exigências (na melhor das hipóteses) de direitos futuros significa criar expectativas, que podem não ser jamais satisfeitas, em todos os que usam a palavra direito segundo a linguagem corrente, ou seja, no significado de expectativas que podem ser satisfeitas porque são protegidas.

Não podemos deixar de esclarecer as novas tendências políticas neo-liberais que vêm sendo adotadas por alguns países do primeiro mundo nas últimas décadas, após a extinção do URSS e da chamada “Guerra Fria”. Em nome de manter a competitividade, há uma forte pressão para que se reduzam as conquistas sociais. Canotilho (2008, p. 12) expõe com muita clareza que:

a tendência, pelo que podemos ver das constituições dos ex-países socialistas, é pura e simplesmente eliminar direitos sociais, econômicos e culturais. Por outro lado, esta lógica da *good governance* acaba por ser uma lógica sem direitos, ou seja, o que há é os direitos econômicos fundamentais, as liberdades de circulação de pessoas, de mercadorias, de capitais e de serviços, mas não propriamente uma lógica de direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, há países que têm um alto nível em termos sociais-democratas e que têm esses direitos sociais inscritos em suas constituições, como os países nórdicos...os países em que as constituições têm esses direitos, a discussão não é sobre a existência de direitos – em Portugal, por exemplo, nem a direita nem a esquerda são contra o direito à saúde, à educação e à seguridade social – mas é sobre se deve haver uma proteção estatal ou privada. O que se questiona, então, são os esquemas organizatórios. Os hospitais devem ser públicos ou privados? É preciso um serviço nacional de saúde ou serviços de saúde? E as escolas, devem ser públicas ou privadas? O que talvez seja significativo, isso sim, é saber se muitos dos direitos não estão transformados apenas em serviços essenciais a que o cidadão tem acesso, ou seja, fornecimento de água, energia, comunicações etc.

Na visão do Constitucionalista estes seriam dimensões inerentes a direitos econômicos, sociais e culturais. Mas, hoje, se diz que são dimensões do utente, do cliente, do consumidor. Deixamos de ser cidadãos para sermos utentes, clientes e consumidores. O autor entende que isso seria um redutor da cidadania e do desenvolvimento das possibilidades em termos sociais. O que é desolador é que o cidadão não tem interesse em ser cidadão, quer é ter acesso aos bens de consumo de última geração. Continuando, o autor afirma que “esse é um dos problemas que me tem preocupado. Se formos ver, a grande crítica que se dirige contra a Europa é que a agenda europeia é uma agenda de mercado, não uma agenda social. Pois bem, é óbvio que a Europa nunca pretendeu ser socialista e ser uma economia de Estado” (CANOTILHO, 2008, p.12).

Com a queda dos sistemas socialistas, o que há na Europa são várias tensões. Há vários países mais inclinados ao neoliberalismo, como a Inglaterra e os ex-países socialistas do leste europeu, e outros países que têm uma tradição social-democrata, como os países nórdicos e a Alemanha.

2 DIREITO À SAÚDE

A natureza jurídica dos direitos sociais, conforme expõe Ferreira Filho (2000, p. 30), seria de direito subjetivo, caracterizados não como meros direitos de agir, mas como poderes de exigir; em razão de sua natureza, são denominados por alguns, como “liberdades positivas”, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito. Na Constituição brasileira, são esses direitos consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo seu artigo 1º, inciso IV.

É evidente que, a princípio, o sujeito passivo desses direitos é o Estado. Este é colocado como o responsável pelo atendimento aos direitos sociais. Na Constituição brasileira de 1988, está cristalino o dever do Estado de propiciar a proteção à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215), ao lazer, ao desporto (art. 217), e ao turismo (art. 180). Lembremo-nos, também, que o Estado brasileiro possui uma forma federativa, ou seja, a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos e, portanto, há uma distribuição das competências administrativas e legislativas entre essas quatro esferas político-administrativa, conforme verificamos em vários dispositivos constitucionais, dentre os quais, os artigos 21, 22, 23, 24, 30 e outros.

Pode a responsabilidade, em algumas situações, ser partilhada com outros grupos sociais, ou também por instituições do mesmo Estado, como é o caso da seguridade social, que é claramente apontada na Constituição Federal brasileira, como responsabilidade da sociedade inteira.

No caso do direito à saúde, está prevista na Constituição Federal brasileira dentro do contexto seguridade social, que compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinada a segurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

É competência comum da União, Estados, municípios e Distrito Federal cuidar da saúde e da assistência social (art. 23 da CF).

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. As diretrizes e preceitos constitucionais relacionados à saúde são: a descentralização com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral; participação da comunidade; financiamento do sistema único de saúde nos termos do artigo 195 da Constituição Federal, com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes; liberdade na assistência à saúde para a iniciativa privada; possibilidade de as instituições privadas participarem de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contratos de direito público ou convênios.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE

Política Pública pode ser conceituada como meta de ação coletiva, criada pelo Estado, como resposta do Ente Público às necessidades prementes da sociedade. “É a expressão da seriedade e do compromisso público que deverá atuar em uma determinada área, a longo prazo” (RITT, 2006, p. 109). Assim, verificam-se como meio de efetivação dos direitos sociais declarados e garantidos por lei.

É mediante as políticas públicas que ocorre a redistribuição dos bens e serviços sociais, conforme forem as demandas da sociedade. Trata-se, então, de ação com fundamento no direito coletivo.

Por conter o termo “pública” não significa que seja uma atividade exclusivamente estatal. Possui, sim, identificação com a coisa pública, ou seja, coisa de todos. Contudo, trata-se de um espaço de atuação tanto do Estado como da sociedade.

Assim, a sociedade realiza o exercício das políticas públicas mediante a cidadania.

Segundo Siqueira Júnior (2009, p. 243), a cidadania credencia o cidadão a atuar na vida efetiva do Estado como partícipe da sociedade política. O cidadão passa a ser pessoa integrada na vida estatal, na medida em que a cidadania o legitima como sujeito político, reconhecendo o exercício de seus direitos em face do Estado.

Como no Estado Democrático os direitos humanos são reconhecidos a todos, o cidadão participa da dinâmica estatal, sendo que atua para conquistar, preservar ou proteger seus direitos (SIQUEIRA JÚNIOR, 2009, p. 244).

A atuação política do cidadão não é exercida apenas pelo voto, mas pela participação da tomada das decisões acerca dos temas de interesse público. No Estado contemporâneo, esse interesse se realiza pelas políticas públicas (SIQUEIRA JÚNIOR, 2009, p. 251).

Malgrado a escolha e o procedimento da política pública sejam atribuição do governo, bem como sua implementação e responsabilidade, quanto mais ampla e generalizada for a participação popular, mais legítima e democrática é a política pública. (SIQUEIRA JÚNIOR, 2009, p. 253).

3.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA

No período de 1900 a 1930 o Brasil apresentava uma economia agroexportadora, que necessitava de mão-de-obra assalariada constituída por brasileiros e imigrantes europeus. É neste contexto que a saúde emergiu como uma questão social, destinada tanto ao combate das epidemias prevalentes na época como ao saneamento dos portos e das cidades, buscando superar os entraves decorrentes da situação restritiva à política migratória. Assim, o Estado assume uma posição centralizadora e autoritária, como forma de combater as doenças epidêmicas e de

sanear as zonas urbanas dos principais centros: Rio de Janeiro, São Paulo e Santos (BRASIL, 2002).

Nesse passo, em 1923, é criado o Departamento Nacional de Saúde (DNS), como resultado da reforma empreendida dois anos antes por Carlos Chagas, buscando estender os serviços à saúde infantil, industrial e ocupacional (BRASIL, 2002).

Devido às inúmeras reivindicações dos operários e dos trabalhadores dos serviços de transporte, o Estado constituiu a gênese da previdência e assistência social, na década de 20. Era o chamado sistema de atendimento por meio das Caixas Beneficentes, regulamentado em 1923 pelo Decreto nº 4.682, mais conhecido como Lei “Elói Chaves” (BRASIL, 2002).

A sistemática criava em cada empresa de estrada de ferro uma Caixa de Aposentadoria e Pensões para seus empregados. Um dos objetivos era o de prestar assistência médica e fornecer medicamentos a preços especiais para os beneficiários (BRASIL, 2002).

Na década de 1930, instaurava-se um processo de industrialização limitado que se ampliou consideravelmente a partir de 1956. Conseqüentemente, aumentou-se a população urbana das classes trabalhadoras e estas passaram a exercer maior pressão para a extensão e efetivação das políticas sociais (BRASIL, 2002).

Nesse plano, identifica-se uma política de saúde de cunho nacional, organizada em dois grandes setores, o da saúde pública, que predominou até meados de 60, e o da medicina previdenciária, que se ampliou no final da década de 1950, tornando-se predominante (BRASIL, 2002).

Dentre as iniciativas estatais, destacam-se, a criação do Ministério da Educação e Saúde (1930), que promoveram as criações de hospitais e de uma rede pública de centros e postos de saúde, e as mudanças efetivadas no DNS, que se tornou coordenador das ações nos Estados (BRASIL, 2002). Outro importante avanço foi a criação do Ministério da Saúde (MS), em 1953.

Vislumbra-se, entre 1930 e 1945, na área de assistência médico-hospitalar, o início da interferência estatal que se processa de modo marcante, principalmente no interior dos órgãos previdenciários, que passam a ser criados por iniciativa do próprio Estado. Exemplo são as criações do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (1933), o dos Comerciantes e Bancários (1934), o dos Industriários (1936) e o dos Estivadores e Transportadores de Carga (1938) (BRASIL, 2002).

O surgimento de tais instituições médicas é fruto da participação cidadã, por meio de reivindicações de movimentos sociais iniciados na década de 1920 (BRASIL, 2002).

Alguns anos depois, a abrangência de alguns benefícios foi estendida aos trabalhadores rurais, por razão da criação do Funrural (BRASIL, 2002).

O regime autoritário instalado em 1964 promoveu a unificação dos institutos de aposentadoria e pensão (IAPs) e permitiu o crescimento da influência dos proprietários das empresas privadas diante do setor da saúde. Nesse período, ao

mesmo tempo em que houve a ampliação da cobertura previdenciária, ocorreu uma crescente redução orçamentária ao Ministério da Saúde, quase cominando em uma paralisação dos serviços da saúde pública (BRASIL, 2002).

Em 1967, surge o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), produto da fusão dos IAPs. Após esse período, o Brasil cresceu economicamente, porém, o crescimento não produziu o bem-estar social da população. Logo, a fim de sanar a má situação, adotou-se uma série de medidas orientadas para a reordenação do setor da saúde de maneira totalmente emergencial, não se propondo sua formulação estrutural (BRASIL, 2002).

Para tanto, criam-se o Conselho de Desenvolvimento Social, do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), e o Fundo de Apoio do Desenvolvimento Social, em 1974. Tais criações promove o aumento significativo da oferta de serviços médicos, predominando o modelo privatista, baseado na medicina terapêutica, voltada para o indivíduo, utilizando alta tecnologia e requerendo recursos humanos especializados (BRASIL, 2002).

Este modelo era e continua sendo financiado pela venda de tais serviços à Previdência Social (CAMPOS; YUNES apud INCA) e, atualmente, ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Apesar da alta tecnologia e as iniciativas a fim de efetivar melhorias, instalou-se uma crise no setor da saúde no final da década de 1970, que se traduz pela ineficácia da assistência prestada e pelos altos custos, mercantilização e descontrole dos serviços patrocinados pela Previdência Social, além da crescente insatisfação dos beneficiários e trabalhadores do setor (BRASIL, 2002).

Um exemplo de iniciativa do governo federal é o Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde (PREV-SAÚDE), proposto em 1980, com objetivo de estender a cobertura dos serviços de saúde, reorganizar e articular as instituições existentes no setor e promover a melhoria das condições sanitárias da população. Tal projeto foi inviabilizado definitivamente (BRASIL, 2002).

Apesar das medidas racionalizadoras colocadas em prática devido à crise financeira na década de 1980, foram estabelecidos princípios, constituindo-se as Ações Integrais de Saúde (AIS), institucionalizados com a Lei 6.229/75, que criou o Sistema Nacional de Saúde (SNS) (BRASIL, 2002).

A partir de 1985, com o início do governo de transição, foram desencadeadas algumas medidas, a fim de alterar-se a política privatizante e fortalecer o setor público na prestação da assistência médica. Como resposta, em março de 1986, ocorre a VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS), onde é proposta a criação da Comissão Nacional de Reforma Sanitária (BRASIL, 2002).

Com efeito, a Comissão foi criada em agosto com a atribuição de propor um novo modelo de sistema de saúde e encaminhar sua proposta à Assembléia Nacional Constituinte, a qual foi aprovada com modificações, em outubro de 1988 (BRASIL, 2002).

A Constituição Federal de 1988 deu nova forma à saúde no Brasil, estabelecendo-a como direito universal. A saúde passou a ser dever constitucional de todas as esferas de governo. Anteriormente era apenas da União e relativo ao trabalhador segurado. O conceito de saúde foi ampliado e vinculado às políticas sociais e econômicas (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006).

A assistência da saúde é concebida de forma integral, ou seja, tanto preventiva quanto curativa. Assim, definiu-se a gestão participativa como importante inovação, assim como comando e fundos financeiros únicos para cada esfera de governo (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006).

A partir de então se inicia o processo de elaboração da Lei Orgânica de Saúde (LOS), sancionada com vetos pelo Presidente da República (Lei 8.080 de 20 de setembro de 1990) (BRASIL, 2002).

A Lei Orgânica de Saúde integrou os principais aspectos já consagrados na Carta Constitucional, inserindo a saúde como direito do cidadão e dever do Estado (art. 196), prevendo a construção do Sistema Único de Saúde (SUS) com princípios de universalidade, equidade e integralidade das ações, participação popular, descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera do governo, destacando a municipalização, além da hierarquização e regionalização da rede de serviços de saúde (BRASIL, 2002).

A segunda Lei Orgânica de Saúde, Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990, restabeleceu a participação da população na gestão do SUS por meio da criação dos Conselhos de Saúde e das Conferências de Saúde, disciplinando, ainda, a transferência de recursos arrecadados pela esfera federal para os níveis estaduais e municipais (CARVALHO; SANTOS apud INCA).

Percebe-se, indubitavelmente, a descentralização ocorrida nos serviços prestados. Aliás, grande avanço nesse aspecto foi a proposta de Programação Pactuada e Integrada (PPI) das ações de saúde entre os três níveis de governo – Municípios, Estados e União (BRASIL, 2002).

Segunda tal proposta, deve-se respeitar a autonomia de cada gestor. Logo, o Município elabora sua própria programação, aprovando-a no Conselho Municipal de Saúde; o Estado harmoniza e compatibiliza as programações municipais, incorporando-as às ações sob sua responsabilidade direta, mediante negociação na Comissão Intergestora Bipartite, cujo resultado é deliberado pelo Conselho Estadual de Saúde (BRASIL, 2002).

Em 13 de setembro de 2000 foi promulgada a Emenda Constitucional 29, a fim de definir a forma de financiamento da política pública de saúde de maneira vinculada à receita tributária. O financiamento do SUS passou a ser garantido constitucionalmente. Para tanto, a base vinculável é composta pelos impostos pagos deduzidas as transferências entre governos (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006).

Para viabilização do cumprimento da EC 29 foi fixado um período de transição até 2004. Assim, o governo Federal corrige anualmente o orçamento da saúde com

base na variação do produto interno bruto (PIB) do ano anterior. Já os Estados deveriam até 2004, estar aplicando Políticas Públicas de Saúde pelo menos 12% da base vinculável. A regra para os municípios é semelhante, com percentuais de pelo menos 15% da base vinculável a partir de 2004 (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006).

As discussões sobre a operacionalização da EC 29 no Governo Federal e os debates de despesas com saúde em todos os níveis de governo, bem como outros esforços de desvinculação de receitas, demonstram claramente a fuga às determinações da Lei e as dificuldades em sua implementação (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006).

De qualquer forma, a viabilização do sistema de financiamento na forma prevista na Constituição Federal de 1988 e na Emenda Constitucional 29 tem rendido maiores discussões para estudiosos da área, pois o Governo Federal e grande parte dos governos estaduais têm oferecido resistências à aplicação de recursos na saúde na forma de vinculação prevista na Emenda Constitucional 29/2000 (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006). A celeuma em torno do financiamento das Políticas de Saúde ainda não está solucionada.

Destarte, tendo em vista as grandes falhas apresentadas, atualmente muito se discute sobre um novo modelo assistencial que substitua o atual, baseado na livre demanda, no qual a população pode ter acesso direto a qualquer tipo de serviço ou nível de atenção, do mais simples ao mais complexo (BRASIL, 2002).

As principais razões para a mudança se dão por função de tornar o serviço de saúde mais efetivo, melhorar a qualidade do atendimento e conter custos.

O modelo vigente, que concentra sua atenção no caso clínico, na relação individualizada entre o profissional e o paciente, na intervenção terapêutica específica, deve ser associado, ou ainda, reformulado com base na qualidade de vida das pessoas e do seu meio ambiente, garantindo a cada indivíduo o mínimo de condições para que possa viver dignamente (BRASIL, 2002).

4 OS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

A Teoria da reserva do possível tem origem sobretudo nas formulações de dois juristas alemães, propostas no início dos anos 70 e depois acolhida pela jurisprudência constitucional daquele país. Häberle concebeu a “reserva de caixas financeiras” para exprimir a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais estariam sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que consistem em Direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos. Martens reforçou essa noção ao afirmar que os direitos subjetivos públicos somente seriam assegurados no âmbito do possível e do adequado. Explica Krell (2002, p. 288) que a reserva do possível, desde então, passou a significar que os direitos sociais a prestações materiais dependem da efetiva disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado – disponibilidade esta que

estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Para o autor, o Tribunal Constitucional Federal germânico propugna a admitir que os direitos a prestações positivas “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade” (KRELL, 2002, p. 53).

Figueiredo (2007, p.132) acrescenta que, de acordo com a visão dos teóricos da “reserva do possível”, as diretrizes na definição das prestações que devem constituir o direito fundamental social, necessariamente, precisa observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim sendo, todos os direitos, como também os sociais, estão sujeitos à uma destinação específica financeira para que possam ter eficácia e, conforme expõe Figueiredo, a reserva do possível deve vigorar como um mandado de otimização para a implementação dos direitos sociais, impondo ao Estado o dever jusfundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em questão e preservar os níveis de realização já atingidos.

O dever de otimização conforma-se ao dever de progressividade do artigo 2º, item 1, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)³, previsto como de determinação de aplicação estatal eficaz dos recursos financeiros disponíveis. Progressividade, segundo alguns autores, seria o reconhecimento de que a satisfação plena dos direitos estabelecidos no Pacto supõe certa gradualidade e a noção de progresso, consistente na obrigação estatal de melhorar as condições de gozo e exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais (FIGUEIREDO, 2007, p.138).

Considerando que os direitos sociais devem ser interpretados como um direito subjetivo público inerente à pessoa humana, e, portanto, um direito às condições mínimas de existência digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas, concluímos que, a doutrina do mínimo existencial vem de encontro, ao anteriormente exposto, no sentido de reforçar a obrigatoriedade do Estado em otimizar a implementação desses direitos.

A questão da implementação das políticas públicas na área social e o controle do judiciário nesta área é controversa. Embora o reconhecimento da possibilidade de análise do mérito do ato administrativo pelos tribunais pátrios, a possibilidade de intervenção do Judiciário especificamente na determinação de prioridades orçamentárias ainda não tem entendimento consolidado. Abaixo citamos dois julgados do Superior Tribunal de Justiça que demonstram essa realidade. Na primeira decisão, o STJ entendeu pela possibilidade de exame da oportunidade e conveniência na escolha das prioridades orçamentárias, com determinação para que sejam incluídas verbas com destinação específica no próximo orçamento; na segunda, afastou-se tal hipótese, sob o argumento da discricionariedade do Estado na escolha de prioridades orçamentárias e de obras a serem construídas. Vejamos:

³No Brasil, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi introduzido no Sistema Jurídico Nacional pelo Decreto-Legislativo nº 226/1991 e promulgado pelo Decreto 591/92.

[...]

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas [...]. (STJ, REsp 493811 / SP, Segunda Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 15.03.04, g. n.).

Já, outro julgado, em sede de recurso especial, do STJ (REsp 208893 / PR ; Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 22.03.2004, g. n.) teve um entendimento contrário ao anterior, no sentido de não vislumbrar a possibilidade de intervenção do judiciário nas implementações de políticas públicas. Vejamos:

Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada.

Pode-se, pois, verificar que não há unicidade no entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, tampouco sobre a forma através da qual tal intervenção deve acontecer. A primeira decisão acima colacionada enfrentou a questão e determinou a inclusão de verbas no próximo orçamento para cumprimento da decisão. Esse entendimento, no entanto, não é pacífico, o que se demonstra no julgamento subsequente.

Segundo Figueiredo (2007, p. 131), a teoria da reserva do possível, como também é chamada, no que se refere ao orçamento público impõe restrições de dois ângulos. Um, em razão da escassez dos recursos financeiros existentes, ou seja, limitação à efetividade dos direitos sociais, devido à insuficiência de verbas públicas destinadas a prestação material. Dois, a teoria traz a tona uma discussão acerca dos limites da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais, através da prestação material, uma vez que tais decisões, com fulcro no princípio da separação dos poderes, compõe o âmbito de competência do Legislativo.

Com efeito, a escassez dos recursos financeiros retoma a ideia inserida no início do tópico, pois demonstra que os direitos fundamentais possuem uma dimensão econômica comum, atrelada aos custos exigidos para que sejam efetivados.

Neste diapasão pode-se afirmar que o princípio da reserva do possível e a contenção derivada da escassez de recursos financeiros e orçamentários restringem a concretização de todos os direitos fundamentais (FIGUEIREDO, 2007, p. 136).

Afinal, o Estado somente poderá prestar à sociedade o que é necessariamente possível no âmbito econômico-financeiro. Assim, possível é a comprovação do limite da prestação.

Contudo, em julgamento da Suspensão de Antecipação de Tutela nº 278, em 22/10/2008, o Supremo Tribunal Federal imputou a obrigação de comprovação da lesão ao patrimônio público, diante da condenação para prestação de medicamentos, como sendo de quem alega. Proferiu o relator: “O Estado de Alagoas, apesar de alegar grave lesão à economia estadual, não comprova a ocorrência da lesão, limitando-se a sustentar que o Município de Maceió é que deveria ser responsabilizado pelo fornecimento.”

Na decisão da ADPFMC 45/DF, o Ministro Celso de Mello (2004) advertiu em relação a reserva do possível e a alegação para a escusa de prestação material:

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

Com relação ao princípio da separação dos poderes, a divisão dos poderes se tornou o processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado, ou seja, cada poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) teria uma função privativa e diversa do outro. Mormente o progressivo avanço das fronteiras entre as funções executiva e legislativa, o Executivo passou a legislar, por iniciativa própria ou delegada, direcionando os seus atos para o atendimento de situações e necessidade específicas (FIGUEIREDO, 2007, p. 144).

Atualmente, depreende-se que o princípio da separação dos poderes comportaria dois aspectos. Uma primeira dimensão negativa, no sentido de divisão, controle e limite para garantia e proteção da esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos (FIGUEIREDO, 2007, p. 144). Tem-se como uma espécie de controle do poder no momento que limita os órgãos do poder. A segunda dimensão, não menos importante, tem caráter positivo e se refere à “constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas”, em que passa a significar a responsabilidade pelo exercício de um poder (CANOTILHO apud FIGUEIREDO, 2007, p. 144).

Em outros termos, o princípio da separação dos poderes procura atribuir a cada órgão do Estado uma função específica, vedando o exercício do poder por órgãos diversos daqueles aos quais tenham sido discriminadas constitucionalmente as funções (FIGUEIREDO, 2007, p. 145).

Destarte, muito corriqueira é a alegação de ofensa ao princípio da separação dos poderes diante de decisões alocativas do Judiciário a respeito da forma de aplicação dos recursos públicos na efetivação de direitos fundamentais, pois tais funções incluem-se no âmbito das competências constitucionalmente impostas ao Legislativo (FIGUEIREDO, 2007, p. 145).

Conforme muito bem explanado por Gilmar Mendes (2008),

a alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à saúde (art. 196), legalmente estabelecido pelas normas que regem o Sistema Único de Saúde.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A função social do Estado, por envolver direitos sociais fundamentais aos cidadãos, está disciplinada na Constituição, Lei Maior de um Estado, que determina a sua competência e, portanto, a respectiva divisão de trabalho governamental em matéria de função social. Cabe acrescentar, no entanto, que a Constituição não traz um rol exaustivo dos direitos sociais, podendo, então, a legislação infra-constitucional prever outros direitos dessa natureza.

Como foi mencionado, desde a Constituição de Weimer, o Estado vem se empenhando na tarefa de prestar serviços de assistência social como educação, saúde, previdência, desporto e outros de natureza assistencial.

As várias transformações por que tem passado a sociedade internacional estão provocando alterações nas instituições políticas e trarão grandes repercussões para o Estado, cujas tendências têm se apresentado como um Estado descentralizador, empenhando-se, em amplos programas de privatização, que tiveram início no Reino Unido, na Administração de Margareth Thatcher e nos Estados Unidos da América, com o presidente Ronald Reigan. A este fenômeno, muitos doutrinadores do Estado, conferem a denominação Neoliberalismo, que ocorre simultaneamente ao chamado processo de globalização.

Existe uma forte tendência, conforme foi mencionado, de se eliminar os direitos sociais, econômicos e culturais. Ao mesmo tempo, há países que têm um alto nível em termos social-democratas e que a discussão não é sobre a permanência desses direitos, mas sim sobre se deve haver uma proteção estatal ou privada sobre esses Direitos, questionando-se, então, os esquemas organizatórios.

A Constituição Federal brasileira ainda prevê de maneira intensa os Direitos Sociais e define as competências das várias unidades federadas neste assunto, conforme descrevemos neste trabalho, o que nos leva a concluir que, apesar da tendência neoliberal de alguns países desenvolvidos, ainda presenciamos, em nosso país, um Estado que se deve comprometer com a efetivação dos Direitos voltados ao âmbito social.

Podemos chegar à conclusão de que deve o Estado centrar suas ações nas políticas públicas não apenas destinar mais recursos para a saúde, educação, moradia, emprego, cultura etc.; criar mecanismos para que a população participe das decisões, fiscalizando e intervindo na política pública, para que seja feita de forma transparente, a partir da audiência dos maiores interessados. Mas em algumas situações o próprio Estado não é democrático, pois veda a participação popular nestas decisões. Porém, existem canais que auxiliam as entidades populares a fazer suas reivindicações, propondo mudanças e participando de decisões que criam novas políticas públicas, que em muitas são decididas em gabinete.

Tivemos indubitavelmente, ao longo do século XX, uma evolução nas políticas públicas voltadas à saúde, no entanto, a leitura que dever ser feita sobre o assunto é no sentido de que o Estado brasileiro tem se mostrado superficial em suas políticas, que requerem uma programação mais contundente com a realidade nacional e que seja implementada à longo prazo e de maneira a alcançar com mais eficiência as propostas previstas na Constituição Federal.

Sob o aspecto jurídico, podemos concluir que a saúde é um direito fundamental do cidadão e de aplicabilidade imediata, de maneira que, em que pese os entendimentos doutrinários limitativos relativos à sua implementação, entendemos que o cidadão certamente pode se valer dos meios judiciais colocados pela Constituição Federal à sua disposição para garantir a eficácia de seu direito. Cabe acrescentar que, ainda é contundente a falta de razoabilidade e proporcionalidade das medidas tomadas pelo Poder Público em nosso sistema, princípios esses que devem nortear os propósitos das políticas públicas a serem aplicadas no meio social. Mais importante ainda, seria a articulação dos meios democráticos existentes e que tornam possível a participação da coletividade nas decisões desse patamar, seja através de audiências públicas, seja através dos meios processuais garantidos pela Constituição Federal, tarefas próprias do exercício da cidadania e que se demonstram imprescindível para a construção de um Estado a ser estruturado a partir de princípios solidários e de justiça social.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais (Theorie der Grundrechte)**. Original publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). 5. ed. alemã. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 26. ed. Porto Alegre: Globo, 2000.

BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 1997.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer. Políticas públicas de saúde. In: _____. **Ações de enfermagem para o controle do câncer: uma proposta de**

integração ensino - serviço. 2. ed. Rio de Janeiro: INCA, 2002. Cap. 4, p. 151-183. Disponível em: <http://www.fef.br/biblioteca/arquivos/data/acoes_cap4.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2010.

BRASIL. STJ. REsp 493811/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 15 mar. 2004.

_____. STJ. REsp 208893/PR; Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 22 mar. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 278-6 Alagoas, Requerente: Estado de Alagoas, Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (Agravo Regimental em Suspensão de Execução de Liminar nº 2008.001847-2/0001.00), Requerido: Juíza De Direito Da 17ª Vara Cível de Alagoas (Processo nº 001.08.083792-2), Interessada: Maria De Lourdes Da Silva, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/10/2008, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA278.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental MC 45/DF, argüido: Presidente Da República, argte.: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 29/04/2004, publicado em 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direitos+sociais+abusividade+argui%E7%E3o%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENPRO%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=2&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 21 ago. 2010.

BUTGENBACH, André. **Théorie générale des modes de gestion de service publique en Belgique**. Bruxellas: Maison Ferdinand Larcier, 1952.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. Entrevista. **Jornal do Advogado**, São Paulo, v. 34, p. 12, jul. 2008.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 2. ed. São Paulo: Max Lemonad, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIGUEIREDO, Mariana F. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego do juro e da moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Economistas)

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, v. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 22 ago. 2010.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Trad. Manuel I. de Lacerda Santos Jr. Brasília: Unb, 1981.

NOGUEIRA, Ataliba. **O estado é meio e não fim**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 02.04.1976. Disponível em: <[HTTP://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx](http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx)>. Acesso em: 22 ago. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 69-86.

VIRIATO, Edaguimar S; CÊA, Geórgia S. Implicações da perspectiva gerencial aplicada à organização e à gestão escolar. In: FIGUEIREDO, Ireni M. Z.; ZANARDINI, Isaura Monica Souza; DEITOS, Roberto Antonio (Orgs) **Educação, políticas sociais e estado no Brasil**. Cascavel: Edunioeste; Curitiba: Fundação Araucária, 2008. p. 121-150.

Artigo recebido em: Janeiro/2011

Aceito em: Março/2011