
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 10	n. 41	p. 1-242	jul./set. 2010
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisores: Ana Flávia Inácio Ferreira
Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão

Projeto gráfico: Luiz Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba – PR)
Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira*

Saulo Lindorfer Pivetta

Acadêmico do 5º ano diurno do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Resumo: O artigo reflete sobre a utilização do conceito de políticas públicas como instrumento na construção democrática do conteúdo material do direito à saúde. Para atingir esse objetivo, é realizado o seguinte desenvolvimento teórico no trabalho: (i) inicialmente, são apresentadas as linhas gerais do desenho constitucional da Administração Pública brasileira (notadamente quanto à diminuição da discricionariedade administrativa, e à previsão de diversos mecanismos de participação popular nos rumos da Administração); (ii) na sequência, é trabalhada a questão da saúde, verificando-se inicialmente algumas acepções atribuídas ao termo ao longo do tempo; a partir disso, a configuração constitucional do direito à saúde é apresentada, definindo-se sua fundamentalidade material e formal, bem como suas dimensões defensiva e prestacional; (iii) Adentra-se, então, no tema das políticas públicas, com o estudo de seu significado no âmbito jurídico, sendo demonstrado que faz parte do próprio conceito de política a participação popular em seu processo de elaboração, execução e avaliação; finalmente, é trabalhada a utilização do conceito de política pública como instrumento de construção do conteúdo material do direito à saúde, viabilizada através da luta democrática para que a Administração Pública insira a participação popular em seus processos decisórios. Em seguida, são apresentadas as conclusões do trabalho.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Políticas públicas. Administração Pública.

Sumário: 1 Introdução – 2 Administração Pública na Constituição Federal de 1988 – 2.1 Configuração constitucional da Administração Pública – 2.2 Democratização da Administração Pública – 3 Direito Fundamental à Saúde – 3.1 Noção de “saúde” – 3.2 Direito à saúde na Constituição Federal de 1988 – 4 Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde – 4.1 Significado de políticas públicas em direito – 4.2 Políticas públicas como instrumento de construção do conteúdo material do direito à saúde – 5 Conclusão

1 Introdução

Começo este artigo com um dado: a taxa de mortalidade infantil (0 a 5 anos) no Brasil está em 19,88 para cada mil nascimentos. Em

* Artigo vencedor do Prêmio Romeu Felipe Bacellar Filho, Concurso de Monografias realizado por ocasião do XI Congresso Paranaense de Direito Administrativo (2010), organizado pelo Instituto Paranaense de Direito Administrativo.

1990, este número era de 52,04 a cada mil nascimentos. O que parece ser um avanço significativo, entretanto, oculta uma triste realidade: o Brasil ocupa apenas a 90ª posição no ranking que avalia a mortalidade infantil em diversos países do mundo, ficando atrás de vários países latino-americanos, como Cuba (taxa de 5,25), Chile (6,48), Argentina (12,8) e Colômbia (15,3). Quando a comparação é com países centrais, a diferença é mais gritante: Islândia apresenta uma taxa de 2,6; a Suécia, 2,7.¹

Apresento essas informações, de início, para chamar a atenção para a temática deste artigo: o problema do direito à saúde e a definição de seu conteúdo material. Os números apresentados acima revelam que a questão é urgente no Brasil, inclusive para o meio jurídico. Isso porque apenas podemos pensar em concretização do direito à saúde, pela Administração Pública, se houver definição quanto ao alcance desse direito. E pergunta-se: quem deve “dizer” o conteúdo do direito à saúde? A legislação? A própria Administração?

Este artigo tem como objetivo, basicamente, promover uma reflexão a respeito da definição do conteúdo material do direito à saúde, a partir da realidade administrativa brasileira. Mais que isso, o trabalho verifica a possibilidade de se inserir a participação popular nos processos decisórios da Administração Pública, notadamente no momento de formulação das políticas públicas de saúde. Trata-se de investigar a utilização de mecanismos que permitam definir, na realidade concreta, qual o conteúdo material do direito à saúde.

Para tanto, será adotado o seguinte itinerário: (i) o primeiro bloco do texto abordará a configuração constitucional da Administração Pública brasileira a partir de 1988; complementando o estudo inicial, será analisado como a Constituição dispôs a respeito da democratização das decisões administrativas; (ii) a segunda parte terá por objeto a questão da saúde, verificando-se inicialmente como a noção de saúde se modificou ao longo do tempo; em seguida, será estudada a configuração constitucional do direito à saúde; (iii) o último bloco será dedicado às políticas públicas: em primeiro lugar, sua compreensão no âmbito jurídico; em segundo lugar — e cerne deste trabalho — se verificará a possibilidade de utilização da noção de políticas públicas como instrumento democrático de construção material do direito à saúde.

¹ De acordo com a revista médica *The Lancet*. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(10\)60703-9/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(10)60703-9/fulltext)>.

2 Administração Pública na Constituição Federal de 1988

2.1 Configuração constitucional da Administração Pública

A Constituição Federal de 1988 é resultado de um complexo processo constituinte, em que se verificou intensa participação popular, com diversos segmentos da sociedade defendendo interesses muitas vezes conflitantes. De qualquer forma, a despeito de ser marca das contradições de seu momento histórico, o texto constitucional promulgado consagra o Estado Democrático de Direito, que apresenta como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).² Compreende-se, assim, que o principal destinatário desta “Constituição Cidadã” é o homem, em todas as suas dimensões³ — ideia à qual faço menção tendo em vista que, apesar de reiteradamente trabalhada pela doutrina, é fundamental para se extrair o conteúdo emancipatório da Carta Constitucional.⁴

É justamente com a Constituição de 1988 que o termo “administração pública” aparece pela primeira vez em nível constitucional,⁵ sendo-lhe dedicado o capítulo VII (“Da Administração Pública”) do Título III (“Da Organização do Estado”). Os dispositivos ali contidos normatizam de maneira bastante densa diversos âmbitos da atuação administrativa — servidores públicos, criação de entidades públicas, contratação de obras e serviços etc. —, sendo fixados os parâmetros basilares que devem guiar a Administração; a Constituição, portanto, conforma institucional e funcionalmente a Administração Pública brasileira.⁶

Isso significa que, a partir de 1988, identifica-se a presença de um regime constitucional-administrativo,⁷ que é fundado em princípios constitucionais explícitos (art. 37 da CF): legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.⁸ Contudo, saliente-se que este processo de constitucionalização do regime da Administração Pública faz com que sobre ela incidam não apenas estes princípios — denominados “setoriais” — mas também os demais princípios constitucionais (fundamentais

² BACELLAR FILHO. Processo administrativo disciplinar, p. 21. Sobre a construção do projeto democrático na Constituição de 1988, cf. SALGADO. Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro.

³ Canotilho leciona que as dimensões da pessoa seriam: o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador (CANOTILHO. Direito constitucional, p. 347).

⁴ Sobre a dignidade da pessoa humana no âmbito administrativo, cf. GONZÁLEZ PÉREZ. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo, p. 11-35.

⁵ BACELLAR FILHO. Processo administrativo disciplinar, p. 26.

⁶ MEDAUAR. A processualidade no direito administrativo, p. 71-72.

⁷ BACELLAR FILHO. Processo administrativo disciplinar, p. 27.

⁸ Especificamente sobre o princípio da eficiência, cf. GABARDO. Princípio constitucional da eficiência administrativa.

e gerais),⁹ cujo conteúdo material e axiológico apresenta força normativa sobre todas as esferas do sistema jurídico.¹⁰

Nesse sentido, a conformação constitucional da Administração Pública faz com que diversos institutos tradicionais do Direito Administrativo ganhem nova leitura, dentre os quais destaco — pela importância que têm para este trabalho — o princípio da legalidade, e a noção de discricionariedade administrativa, bem como sejam reforçadas figuras que até então pouco espaço tinham nesse âmbito, como o princípio da participação popular.

O princípio da legalidade foi ampliado com a Constituição de 1988. Di Pietro ensina que o texto constitucional submeteu o administrador não apenas à lei meramente formal, mas ao Direito: embora a Constituição não seja explícita quanto a isso, a rica menção a valores — como justiça, segurança, bem-estar, igualdade —, já no preâmbulo, força a conclusão de que os atos da Administração devem estar alinhados com os valores previstos de maneira explícita ou implícita pela Carta Constitucional.¹¹ Ademais, supera-se a concepção de que a lei ordinária é imprescindível para a concretização da Constituição,¹² vinculando o administrador diretamente a esta.¹³

A discricionariedade,¹⁴ definida sinteticamente como a “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência”,¹⁵ tem forte ligação com a legalidade: quanto mais amplo este princípio, menor a discricionariedade. Desse modo, nota-se que a Constituição Federal restringiu o poder de escolha dos administradores, vez que determinou uma série de prioridades e objetivos a serem atingidos e, por outro lado, definiu diversos princípios que devem ser respeitados pelo administrador. A Administração

⁹ Ruy Espíndola explica que os princípios fundamentais são aqueles cujo conteúdo representam as decisões políticas estruturais do Estado, resumindo as demais normas constitucionais (estando elencados no Título I da Constituição — como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, apresentada na introdução deste tópico). Por outro lado, os princípios gerais especificam os fundamentais, viabilizando a aplicação imediata destes (por exemplo, o princípio da legalidade — art. 5º, I, CF) (ESPÍNDOLA. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas, p. 63-64).

¹⁰ BARROSO. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, p. 24.

¹¹ DI PIETRO. Inovações no direito administrativo brasileiro, p. 47.

¹² PESSOA. Neoconstitucionalismo, política e administração pública: dilemas a serem enfrentados, p. 44-45.

¹³ BARROSO. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, p. 43.

¹⁴ Para um estudo detalhado da discricionariedade administrativa, cf. DI PIETRO. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, p. 17-65.

¹⁵ DI PIETRO. Inovações no direito administrativo brasileiro, p. 48.

Pública, assim, apresenta-se notadamente como atividade com vocação para a concretização dos direitos fundamentais.¹⁶

O princípio da participação popular materializa a relevância da atuação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública.¹⁷ A Constituição prevê diversos instrumentos que possibilitam ao indivíduo e à coletividade contribuir com a definição dos rumos a serem tomados pela Administração. Como exemplo, importante citar o direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 194, VII), a garantia da participação da comunidade na gestão da saúde (art. 198, III), dentre outros dispositivos, constitucionais e infraconstitucionais. Este ponto será detalhado no próximo item do trabalho, que abordará especificamente o tema da democratização da Administração Pública.

2.2 Democratização da Administração Pública

O princípio da participação popular aponta para a democratização da Administração Pública. A própria constitucionalização dos princípios da Administração (art. 37) indica que a Constituição buscou reestruturá-la de modo a dar concretude aos elementos democráticos que informam a República Federativa do Brasil.¹⁸ Ademais, a conformação da atividade administrativa, vocacionada para a concretização dos direitos fundamentais, impõe que a atuação estatal seja democrática.¹⁹

A despeito de representar uma determinação constitucional, a participação popular marca verdadeiro avanço no modo de se gerir a Administração Pública. Isso porque, ao se aproximar da comunidade, as decisões dos administradores podem ser aprimoradas, compatibilizando-se a atuação estatal com as verdadeiras demandas populares. Ou seja, a participação popular é determinante para a identificação do interesse público.²⁰ Trata-se de tornar as burocracias estatais mais responsáveis pelas bases que as legitimam e, sobretudo, são fortalecidos novos espaços de luta locais, fomentando a participação de atores sociais que serão os interlocutores da cidadania (indivíduos singulares, sindicatos, movimentos sociais etc.),²¹ os sujeitos responsáveis pela história que os envolve.

¹⁶ PESSOA. Neoconstitucionalismo, política e administração pública: dilemas a serem enfrentados, p. 44.

¹⁷ DI PIETRO. Inovações no direito administrativo brasileiro, p. 47-48.

¹⁸ ROCHA. Democracia, Constituição e Administração Pública, p. 95.

¹⁹ PESSOA. Neoconstitucionalismo, política e administração pública: dilemas a serem enfrentados, p. 46.

²⁰ MEDAUAR. O direito administrativo em evolução, p. 230-233.

²¹ LEAL. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos, p. 388.

A atuação popular na Administração, portanto, não se resume à possibilidade de votar e de ser votado. Nas palavras de Clève, “Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta”.²² Este indicativo está no próprio texto constitucional (art. 1º, parágrafo único), que define o povo como fonte de todo o poder, que será exercido mediante representantes eleitos e também diretamente.

Clève enumera cinco formas de participação do cidadão na administração da coisa pública: (a) o cidadão eleitor; (b) o cidadão agente de poder (ou seja, preenchendo cargos públicos); (c) o cidadão colaborador (trata-se da gestão privada de interesses públicos, que se identifica com a delegação de serviços públicos a particulares); (d) o cidadão seduzido (quando o cidadão atua em conjunto com o Estado para a realização de finalidades públicas — o Estado provoca o cidadão, mediante estímulos ou orientação, para que se concretize o interesse público a partir de atividades dos particulares); (e) o cidadão censor (em decorrência do uso do direito de petição e do direito à obtenção de certidões — art. 5º, XXXIV, CF —, quando o cidadão provoca os Poderes Públicos; ou, através da ação popular — art. 5º, LXXIII — quando é promovida censura judicial).²³

Entretanto, mais relevantes para os objetivos deste artigo são as formas de participação no processo decisório administrativo.²⁴ Gustavo Oliveira defende que a expressão jurídica mais importante da participação administrativa é a participação procedimental, através da qual o(s) indivíduo(s) é inserido no procedimento em que são definidas as decisões administrativas.²⁵ E, para que seja viabilizada essa interlocução, devem ser estabelecidos espaços públicos de diálogo, mecanismos que permitam a participação popular nos processos de deliberação. Trata-se de estabelecer meios para a concretização não só dos valores constitucionais democráticos, como também de diversos dispositivos constitucionais que apontam claramente para a necessidade de inserção comunitária na esfera da decisão administrativa²⁶ (como, por exemplo, o art. 194, parágrafo único,

²² CLÈVE. Temas de direito constitucional e de teoria do direito, p. 16.

²³ CLÈVE. Temas de direito constitucional e de teoria do direito, p. 17-22.

²⁴ Anote-se, ainda, que o artigo 14 da Constituição estabelece alguns instrumentos para a participação política de maneira direta: (i) o plebiscito (decidir previamente questão política ou institucional); (ii) o referendo (ratificar ou reter projeto aprovado pelo Congresso Nacional); (iii) iniciativa popular de leis. Tais mecanismos não serão aprofundados em razão da delimitação do objeto deste trabalho.

²⁵ OLIVEIRA. Participação administrativa, p. 180.

²⁶ LEAL. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos, p. 389.

inciso VII — que trata do caráter democrático, inclusive com participação de trabalhadores, empregadores e aposentados, da organização da seguridade social — e o art. 198, III — que prevê a participação da comunidade na gestão da saúde pública).

A participação popular na esfera administrativa pode ter lugar (i) na fase instrutória (informativa), (ii) na fase decisória dos procedimentos administrativos e (iii) na fase de execução (implementação da decisão).²⁷

A participação na fase instrutória visa ao fornecimento de maiores subsídios para a decisão a ser tomada, possuindo caráter meramente informativo, ou seja, não vinculando a Administração. De maneira semelhante ocorre quando a participação toma lugar na fase de execução — com a decisão administrativa já definida, a atuação popular servirá apenas para informar a Administração sobre eventuais correções do plano. Mais interessante é a participação inserida na fase decisória, quando os resultados obtidos por mecanismos participativos terão caráter vinculante sobre a atividade administrativa.²⁸

Rogério Gesta Leal destaca algumas modalidades de participação popular, inseridas no processo decisório administrativo: (i) a consulta popular sobre algumas questões envolvendo demandas comunitárias (participação na fase instrutória); (ii) o debate público, que permite à Administração ter acesso às diversas posições existentes na coletividade a respeito de determinados assuntos (participação na fase instrutória); (iii) as audiências públicas²⁹ (mecanismo também de participação na fase instrutória).³⁰ Ainda, Gesta Leal destaca as experiências do município de Porto Alegre com o orçamento participativo e com os conselhos municipais (de diversos setores, como saúde e educação), nas quais a participação popular é de caráter decisório.³¹

Verifica-se, portanto, que a democratização da Administração Pública decorre de imposição constitucional, seja por seu conteúdo axiológico, seja por previsão expressa em vários dispositivos. Ademais, ressalta-se a participação procedimental — notadamente quando inserida na fase decisória — como modo de se viabilizar que a comunidade participe das decisões administrativas.

²⁷ OLIVEIRA. Participação administrativa, p. 181-182.

²⁸ OLIVEIRA, *idem*, p. 182.

²⁹ A respeito das audiências públicas, cf. GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo: la defensa del usuario y del administrado, t. II, p. 8.

³⁰ LEAL. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos, p. 396.

³¹ LEAL, *idem*, p. 400-402.

3 Direito fundamental à saúde

3.1 Noção de “saúde”

Antes de se analisar a conformação do direito à saúde na Constituição de 1988, faço breve estudo a respeito dos significados que o termo “saúde” pode incorporar. Tal se justifica em razão da necessidade de uma compreensão prévia de seu conteúdo: afinal, a partir da dimensão dada ao termo que se poderá estabelecer a abrangência do próprio direito à saúde, seu alcance e os limites a sua eficácia e efetividade.

Em breve análise histórica, verifica-se que foi com o Renascimento que a saúde passou a ser encarada com os contornos dados a ela atualmente, sendo restaurados os conhecimentos do período greco-romano clássico (deixados de lado à época medieval). Posteriormente, à medida que se consolidava o Estado Liberal (séculos XVIII e XIX), começou a se firmar a ideia de que a proteção à saúde era responsabilidade do Estado. Mas isso em razão de necessidades pragmáticas: com a Revolução Industrial, somada ao processo de urbanização decorrente e às condições insalubres em que viviam os operários, os problemas de saúde proliferavam rapidamente. Como o lucro dos empresários dependia das boas condições físicas dos trabalhadores — e como o comando estatal encontrava-se em poder da própria burguesia — o problema da saúde foi transferido ao Estado.³²

Por outro lado, a saúde passa a fazer parte da pauta dos governos sobretudo após a II Guerra Mundial, quando é reforçada a racionalidade econômica da proteção sanitária: o progresso e reconstrução da economia dependiam de trabalhadores saudáveis. Neste ponto, amplia-se o conceito de saúde, enquadrado agora no âmbito da “seguridade social” (que engloba, além da saúde, a previdência social e os sistemas de assistência social).³³

No Brasil, apenas a partir da década de 1930 alguns serviços de saúde curativa passaram a ser ofertados, com a criação do Ministério da Educação e da Saúde Pública, mas ainda de maneira não universalizada. Apenas tinham acesso a tais serviços os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência (IAPs – Institutos de Aposentadoria e Pensão). Este quadro permaneceu na época do regime militar, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde apenas quem trabalhava

³² DALLARI. Uma nova disciplina: o direito sanitário, p. 87-88.

³³ DALLARI, idem, p. 89.

com carteira assinada.³⁴ Apenas com a Constituição de 1988 o panorama se modificou, conforme se verá no próximo tópico (3.2).

A Organização Mundial da Saúde (órgão que integra a ONU), no preâmbulo de sua Constituição, define saúde como “completo bem-estar físico, mental e social”. O que, conforme Dallari, representa a presença de um núcleo básico, correspondente à ausência de doenças, enquanto que a noção de “completo bem-estar” representaria, em verdade, um objetivo a ser alcançado, e não um conceito fechado.³⁵

Quanto ao tratamento doutrinário dado ao tema, Schwartz aponta que há certa convergência em relação aos âmbitos curativo, preventivo e promocional da saúde. Ainda, o autor informa que esta noção ampla de saúde se coaduna com o tratamento dado ao tema pela Constituição de 1988, 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.³⁶

Ingo Sarlet, em correta análise, equipara vida digna a vida saudável, ou seja, são aproximados os conceitos de qualidade de vida e de dignidade da pessoa humana, de modo que o completo bem-estar físico, mental e social (conforme definição da OMS) direciona-se a densificar o princípio da dignidade da pessoa humana.³⁷ No mesmo sentido, Moraes associa a noção de saúde à de qualidade de vida: a saúde como um dos elementos da própria cidadania, como elemento promocional da dignidade da pessoa humana.³⁸

Ainda, importante destacar o caráter pluridimensional da noção de qualidade de vida: se por um lado há o aspecto pessoal (a respeito do que o indivíduo entende por “vida boa”), há também um viés coletivo, tendo em vista que a atuação do Estado direciona-se sobretudo à proteção da população considerada globalmente.³⁹

Verifica-se, portanto, que os ideais de saúde direcionam a questão à própria busca de justiça e de igualdade material na medida em que a proteção e a promoção da saúde representam verdadeira condição para

³⁴ BARROSO. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação estatal, p. 13-14.

³⁵ DALLARI. Uma nova disciplina: o direito sanitário, p. 89.

³⁶ SCHWARTZ. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica, p. 27.

³⁷ SARLET. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 100.

³⁸ MORAIS. O direito da saúde!. In: SCHWARTZ. A saúde sob os cuidados do direito, p. 81.

³⁹ FAGOT-LARGEAULT. Reflexões sobre a noção de qualidade de vida, p. 87-88.

a concretização dos anseios constitucionais, sobretudo o de efetivação da dignidade da pessoa humana.⁴⁰

3.2 Direito à saúde na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 inseriu o direito à saúde no rol dos direitos sociais (art. 6º), que integra o Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”). Mais detalhadamente, o tema é tratado nos artigos 196 a 200 (seção II do Título VIII – “Da Ordem Social”).

O texto constitucional, portanto, atribuiu ao direito à saúde o status de direito fundamental, material e formalmente. A fundamentalidade formal, assevera Sarlet, é resultado (a) de sua hierarquia axiológico-normativa superior, enquanto norma positivada pela Constituição, (b) de sua previsão entre os limites materiais à reforma constitucional (art. 60, §4º, IV), (c) da aplicabilidade imediata e vinculatividade imposta ao Estado, em razão da norma do artigo 5º, §1º da Constituição (ou seja, o exercício do direito à saúde independe de regulação infraconstitucional). A fundamentalidade material decorre da relevância da saúde como bem jurídico tutelado por dispositivo constitucional, que possui íntima ligação com outros direitos fundamentais e valores constitucionais, como o próprio direito à vida e a dignidade da pessoa humana.⁴¹

Por outro lado, a Constituição elegeu a saúde não apenas como direito, mas também como dever fundamental, conforme se depreende do caput do artigo 196: a saúde é direito de todos e dever fundamental do Estado (...). Neste ponto, o estudo dos deveres a que se refere o artigo 196 levanta o problema das possíveis dimensões reconhecidas ao direito à saúde, tendo em vista que é a partir delas que decorrem os respectivos deveres.⁴²

Sarlet argumenta que o direito à saúde é direito social que apresenta dupla dimensão, uma defensiva e outra prestacional.⁴³ Como direito

⁴⁰ Nesse sentido, Rogério Gesta Leal define que a saúde constitui indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial, tendo em vista que tal a vida saudável é base para o atingimento dos objetivos fundamentais da República, estabelecidos no art. 3º da Constituição: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (LEAL. A efetivação do direito à saúde por uma Jurisdição-Serafim: limites e possibilidades, p. 67).

⁴¹ SARLET. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 92-93.

⁴² FIGUEIREDO. Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade, p. 86-87.

⁴³ Alexy, principalmente, é responsável pela formulação inicial da proposta de classificação dos direitos fundamentais segundo a função principal que exerçam (classificação funcional). Ingo Sarlet adaptou essa classificação à realidade constitucional brasileira, fazendo a distinção entre direitos de defesa (operando limites à atuação estatal, na tutela da liberdade individual) ou direitos a prestações, em sentido amplo (direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento) e em sentido estrito (prestações

de defesa, o direito à saúde impõe o dever de respeito, em sentido precipuamente negativo: a saúde de alguém não deve ser prejudicada, mas preservada. Enquanto direito prestacional, é determinado, notadamente ao Estado, o dever de agir concretamente para garantir a saúde da população.⁴⁴ Esse agir concreto do Estado configura-se tanto no sentido de fornecimento de bens e serviços (direito a prestações em sentido estrito), como na organização de instituições e procedimentos de proteção do direito à saúde.⁴⁵

A partir de uma perspectiva administrativista, Carlos Ari Sundfeld defende que, para atuar na defesa e na promoção da saúde, a Administração Pública opera sob dois enfoques primordiais: (i) como “administração de serviços”, que representa a disponibilização de prestações materiais aos indivíduos e à coletividade (serviços de saúde); (ii) como “administração ordenadora”, quando a atuação estatal é direcionada na imposição de deveres positivos e negativos, seja pelo condicionamento do exercício dos direitos individuais, seja pela fiscalização e pelo sancionamento de condutas inadequadas.⁴⁶ Verifica-se, portanto, que a administração de serviços relaciona-se com a dimensão material no sentido estrito do direito à saúde, enquanto que a administração ordenadora se enquadra entre os deveres de proteção (direito a prestação em sentido amplo) e os deveres de defesa.⁴⁷

Ainda, no âmbito da dimensão defensiva do direito à saúde, Sarlet ressalta que deve ser considerado o princípio da proibição do retrocesso. De maneira simplificada, tal princípio impõe, sobretudo ao legislador infraconstitucional, que não seja desconstituído o nível de concretização que ele próprio havia dado aos dispositivos da Constituição, ainda mais quando se considera que a eficácia e efetividade do direito à saúde é densificada quando existente regulamentação infraconstitucional (o que, certamente, não exclui sua aplicabilidade imediata a partir do próprio texto constitucional).⁴⁸

Quanto à dimensão prestacional do direito à saúde, ressalte-se que o artigo 6º da Constituição, que já abarca uma série de direitos

materiais). Para um estudo aprofundado, cf. SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 191-241; ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales.

⁴⁴ SARLET. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 97.

⁴⁵ MILANEZ. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial, p. 198-199.

⁴⁶ SUNDFELD. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais, p. 92-93.

⁴⁷ FIGUEIREDO. Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade, p. 88.

⁴⁸ SARLET. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 100.

prestacionais originários (ou seja, que não dependem de regulamentação infraconstitucional para serem exercidos),⁴⁹ é complementado infraconstitucionalmente pela Lei Federal nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), explicitando a noção ampla que possui a dimensão prestacional do direito à saúde.⁵⁰ Isso porque o art. 3º dessa Lei⁵¹ associa a saúde a diversos fatores determinantes: a alimentação, a saúde, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Assim delineado o direito à saúde conforme sua matriz constitucional, a seguir passo a tratar do significado de políticas públicas no âmbito jurídico (item 4.1), bem como sua adequação à finalidade de construção do conteúdo material do direito à saúde (item 4.2).

4 Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde

4.1 Significado de políticas públicas em direito

A utilização pela doutrina do termo políticas públicas não é unívoco. Muitas vezes ele é utilizado sem grande rigor, como se fosse categoria eminentemente política, o que diminuiria sua relevância para o meio jurídico. Entretanto, diversos textos legais, entre eles a própria Constituição,⁵² fazem referência às políticas públicas, de modo que se mostra necessário aprofundar a compreensão do termo.

Uma compreensão inicial do assunto é apresentada por Regina Ferrari, que conceitua políticas públicas como o conjunto de atividades que se destina à realização do interesse público,⁵³ e “só estas atividades, sistematizadas de forma abrangente, é que podem realizar os fins previstos na Lei Fundamental, principalmente no que tange aos direitos fundamentais”.⁵⁴ De forma semelhante, Rogério Gesta Leal refere-se a políticas públicas constitucionais vinculantes como as ações atribuídas pela

⁴⁹ FIGUEIREDO. Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade, p. 90.

⁵⁰ SCHWARTZ. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica, p. 41.

⁵¹ Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

⁵² COSTALDELLO. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo, p. 28; BREUS. Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira, p. 253.

⁵³ Sobre interesse público, cf. MELLO. Curso de direito administrativo, p. 58-69.

⁵⁴ FERRARI. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. In: BERARDI; RIBEIRO (Org.). Estudos de direito constitucional: homenagem à professora Maria Garcia, p. 473.

Constituição aos Poderes Públicos destinadas à efetivação de direitos e garantias fundamentais.⁵⁵

Contudo, é com Maria Paula Dallari Bucci que o conceito é refinado, ganhando contornos mais nítidos. Inicialmente, a autora argumenta que o enfoque das políticas públicas destaca a relevância da Administração Pública na tarefa de determinação e conformação material das leis e decisões políticas (notadamente aquelas definidas pela Constituição) a serem concretizadas em âmbito administrativo.⁵⁶ Ou seja, assim como o legislador está vinculado a conduzir o processo legislativo de acordo com os fins e programas estabelecidos constitucionalmente,⁵⁷ o administrador também deve conduzir a máquina estatal no sentido de concretização dos ditames constitucionais, muitas vezes através de políticas públicas.

Quanto ao estudo do tema pelo direito administrativo, ressalta a autora que o processo de formação e execução da política pública faz mover uma série de instrumentos administrativos, em razão do que se torna fundamental conhecer os princípios jurídicos que regem a Administração, os mecanismos necessários para a contratação de funcionários e serviços, as formas de organização administrativa (Administração direta e indireta) etc. Desse modo, não se trata de mero "ato político", concluindo-se que "o direito administrativo interessa às políticas públicas, assim como as políticas públicas interessam ao direito administrativo".⁵⁸

Política pública, no âmbito jurídico, é um programa de ação dos governos (government by policies), desenvolvendo e aprimorando o government by law. A função de governar constitui o núcleo da definição de política pública, em um contexto no qual se busca superar o modelo exclusivamente normativista e dedutivo (muitas vezes reducionista) de representação do direito. Insere-se no direito público, dessa maneira, um mecanismo de funcionamento da Administração que não se restringe a regras, no qual as técnicas decisórias abarcam também princípios e objetivos. Ressalte-se que este modelo não exclui o da legalidade, de modo que a realização de políticas públicas deve ocorrer dentro dos parâmetros de legalidade e constitucionalidade.⁵⁹

O conceito de política se torna operacional juridicamente através da noção de atividade, que representa o "conjunto organizado de normas

⁵⁵ LEAL. A efetivação do direito à saúde por uma Jurisdição-Serafim: limites e possibilidades, p. 68.

⁵⁶ BUCCI. Direito administrativo e políticas públicas, p. 248-249.

⁵⁷ CANOTILHO. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 152.

⁵⁸ BUCCI. Direito administrativo e políticas públicas, p. 250.

⁵⁹ BUCCI. Direito administrativo e políticas públicas, p. 253-255.

e atos tendentes à realização de um objetivo determinado". Ou seja, o programa de ação de governo (política pública) se desenvolve como atividade administrativa.⁶⁰ A forma de exteriorização da política pública não é rigorosa, não havendo padrão jurídico uniforme para tanto. Algumas são definidas por lei ordinária, outras por lei complementar. Pode, ainda, ocorrer a definição de forma conjunta entre Poder Executivo e Legislativo. Importante, de qualquer forma, que o instrumento normativo utilizado estabeleça os objetivos da política, os mecanismos institucionais que serão utilizados em sua realização e as demais condições que viabilizem sua implementação.⁶¹

O modo de agir governamental através de políticas públicas decorre do estabelecimento, pela Constituição, de objetivos fundamentais e de direitos sociais, que demandam prestações positivas do Estado para serem concretizados.⁶² Nesse sentido, tem-se que o ponto de partida da política pública é o próprio texto constitucional, marcando um controle prévio da discricionariedade do administrador.⁶³ Isso impõe que o aparato material e orgânico da Administração seja estruturado de modo a viabilizar a implementação dessas políticas.⁶⁴ E será o processo de formulação da política que definirá seus contornos concretos. Processo, ou conjunto de processos, portanto, é palavra-chave para se compreender a noção de política pública.

Isso porque a formulação da política consiste em um processo,⁶⁵ em que são ouvidas as partes interessadas na política. Verifica-se, assim, que a elaboração e execução de políticas estão inseridas no movimento de procedimentalização da Administração Pública.⁶⁶ Ademais, o termo política pública indica não só os autores, como também os destinatários da política, de forma que apenas poderá ser considerada pública se efetivamente contemplar os interesses da coletividade e, ainda, se for resultado de um processo público.⁶⁷

⁶⁰ BUCCI, *idem*, p. 255.

⁶¹ BUCCI, *idem*, p. 259.

⁶² SANTOS. Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas, p. 76-77.

⁶³ Ainda que se considere o poder de iniciativa do governo, o governante não pode se omitir de efetivar as disposições constitucionais às quais está vinculado (BUCCI. Direito administrativo e políticas públicas, p. 261).

⁶⁴ COSTALDELLO. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo, p. 19.

⁶⁵ Bacellar Filho distingue procedimento (série de atos concatenados logicamente que convergem para determinado fim), enquanto que processo seria uma espécie de procedimento (gênero), adicionando-se a este a cooperação entre sujeitos sob a ótica do contraditório (BACELLAR FILHO. Processo administrativo disciplinar, p. 46-47. Ainda sobre o tema, cf. MEDAUAR. A processualidade no direito administrativo, p. 35-41).

⁶⁶ Sobre o movimento de procedimentalização da Administração Pública, cf. JUSTEN FILHO. Curso de direito administrativo, p. 232-239.

⁶⁷ BUCCI. Direito administrativo e políticas públicas, p. 269.

A participação popular — inserida no processo de formação, de execução e de avaliação⁶⁸ —, além de garantir a legitimidade da política, permite a identificação dos contornos do interesse público no caso concreto, tornando a decisão administrativa mais informada e mais racional. Ou seja, além de materializar os ditames constitucionais de democratização da Administração, a participação popular no processo de formulação da política racionaliza a atuação administrativa,⁶⁹ ampliando as possibilidades de concretização das disposições constitucionais.⁷⁰

Nesse sentido, a inserção da comunidade no processo de definição da política pública representa significativo avanço na aferição da efetividade da política como mecanismo de implementação dos ditames constitucionais. Sobretudo porque, ao se definir materialmente quais atividades deverão ser adotadas pela Administração para que a finalidade pública seja atendida, os parâmetros de controle⁷¹ da atuação estatal estarão estabelecidos de maneira mais clara. Desse modo, os fins a que o administrador está vinculado — que muitas vezes são definidos abstratamente pela Constituição⁷² — se tornam concretos, fazendo com que os recursos públicos sejam destinados de maneira adequada.⁷³

Ainda, Costaldello ressalta a importância do planejamento estratégico, que deve estar associado ao processo de concretização da política pública. De acordo com a autora, “estratégia está em reunir os vários elementos e planejar a ação administrativa vinculativa por certo tempo, independentemente da alternância dos titulares que exercem a tarefa de governar”.⁷⁴ Ou seja, definidos os resultados que devem ser atingidos, mediante determinadas ações administrativas, a Administração Pública deve estabelecer

⁶⁸ Bucci afirma que a participação procedimental ocorre em três momentos: (i) formação da política (apresentação dos pressupostos materiais e técnicos pela Administração, quando serão discutidos os interesses das partes interessadas); (ii) execução da política (medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa); (iii) avaliação (dos efeitos sociais e jurídicos da política, sob o crivo do contraditório) (BUCCI, *idem*, p. 266).

⁶⁹ VALLE. Diálogo institucional como pressuposto da efetividade constitucional, p. 195.

⁷⁰ BREUS. Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea, p. 219.

⁷¹ Sobre o tema do controle externo, cf. COSTALDELLO. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo, p. 13-31.

⁷² De qualquer sorte, ressalta-se que as metas estabelecidas constitucionalmente são prioritárias e vinculam a Administração Pública, ainda que não haja densificação normativa infraconstitucional. Por outro lado, o que se defende neste trabalho é que a participação popular no processo de formulação das políticas públicas faz com que os objetivos constitucionais se tornem mais bem delineados, racionalizando a atuação administrativa e permitindo que o controle externo ocorra sobre parâmetros mais claros.

⁷³ Ademais, como leciona a professora Ângela Costaldello, os serviços indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais básicos muitas vezes são prestados de maneira precária, enquanto que atividades sem relevância pública — como publicidade governamental — recebem elevados recursos (COSTALDELLO. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo, p. 18).

⁷⁴ COSTALDELLO, *idem*, p. 21.

estratégias e se planejar para que, dentro de determinado lapso temporal, sejam tais objetivos alcançados.⁷⁵

4.2 Políticas públicas como instrumento de construção do conteúdo material do direito à saúde

A partir do embasamento teórico apresentado, verifica-se que o conceito de políticas públicas pode ser utilizado como instrumento de definição do conteúdo material do direito à saúde. Este posicionamento decorre de duas constatações: (a) dificuldade de definição, exclusivamente a partir do texto da lei, da extensão do conteúdo material do direito à saúde; (b) a imposição, feita pela Constituição, de que tal direito seja concretizado, notadamente pela Administração Pública.⁷⁶

Conforme apresentado no ponto 3.1 (Noção de “saúde”), a concepção do que vem a ser vida saudável se modifica de acordo com o momento histórico considerado. Por outro lado, ainda que sejam esboçados pela doutrina e pela legislação os traços do que seria saúde, nota-se que são bastante imprecisos os contornos concretos do que viria a ser o direito à saúde. Nem poderia ser diferente, afinal a saúde não se resume a palavras. Mas é sobretudo quanto à dimensão positiva do direito à saúde (direito a prestações) que se verifica essa imprecisão, tendo em vista que as carências específicas de cada comunidade demandam atuações estatais diferenciadas. É a realidade social, em dado momento histórico (com suas tecnologias, suas condições culturais, seu nível de desenvolvimento econômico), que permite determinar o que seria a saúde e quais as ações necessárias para implementá-la. E tal realidade apenas é apreendida se ouvidos os destinatários da atuação estatal.

Por outro lado, havendo determinação constitucional de que o direito à saúde seja concretizado, devem ser tomadas as providências para que tal objetivo seja alcançado. Nesse sentido, a própria Constituição elegeu as políticas públicas como instrumento privilegiado, ao definir em seu artigo 196 que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido

⁷⁵ A autora ressalta que a noção de planejamento estratégico se enquadra na concepção de gestão pública, que amplia a ideia de Administração Pública. Os elementos que informam a gestão pública objetivam melhorar a atuação administrativa, de modo a concretizar o princípio da boa administração pública. No presente trabalho, ainda que não se tenha adotado o conceito específico de gestão pública, verifica-se que a partir dos pressupostos apresentados (notadamente quanto à ideia do estabelecimento, a partir de 1988, de um regime constitucional-administrativo), é possível inserir o tema do planejamento estratégico sem que haja qualquer incompatibilidade teórica.

⁷⁶ Rogério Gesta Leal afirma que a responsabilidade da Administração pela efetivação do direito à saúde decorre da dimensão operacional exigida: havendo previsão normativa da atuação, bem como dotação orçamentária devidamente aprovada pelo Legislativo (PPLA, LDO, LO), a Administração deve operacionalizar a materialização do direito (LEAL. A efetivação do direito à saúde por uma Jurisdição-Serafim: limites e possibilidades, p. 69).

mediante políticas sociais e econômicas⁷⁷ que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Ainda, o artigo 198, §2º da Constituição⁷⁸ estabelece os recursos mínimos que deverão ser aplicados em ações e serviços de saúde. A partir disso que Rogério Gesta Leal fala em políticas públicas constitucionais vinculantes.⁷⁹

Em nível infraconstitucional, o delineamento das políticas públicas de saúde é apresentado basicamente pela Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) e pela Lei nº 8.142/90 (Lei do Sistema Único de Saúde), que estruturam o Sistema Único de Saúde. Importante notar que a legislação dispôs expressamente a respeito da participação popular na gestão do SUS, com a criação da Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, instâncias colegiadas existentes em âmbito federal, estadual e municipal. As Conferências de Saúde apresentam caráter consultivo, com competência para avaliar a situação da saúde e propor novas diretrizes para a política da saúde de seu respectivo ente federativo. Os Conselhos de Saúde, que apresentam composição paritária de representantes do governo, prestadores de serviço, trabalhadores da saúde e usuários, possuem competência nas áreas de planejamento e controle dos serviços de saúde (definida no art. 1º, §2º da Lei nº 8.142/90).

Assim, se por um lado as políticas públicas representam programa de ação governamental, por outro o conceito abrange também a ideia de democratização da Administração Pública, na medida em que o processo de formulação da política demanda participação da comunidade. No tema específico deste artigo, a relevância da participação popular no processo de elaboração da política consiste justamente na possibilidade de construção do conteúdo material do direito à saúde, ou seja, são os próprios destinatários das ações governamentais que devem ter a possibilidade de estabelecer, em processo dialógico com a Administração, os contornos que o direito adquirirá na realidade concreta: quais serviços de saúde são necessários ou precisam ser modificados, qual o alcance do sistema de saneamento básico e tratamento de água, quais as carências nutricionais existentes, quais regiões demandam atuações específicas etc.

Apesar de previstas formas de democratização na gestão da saúde pública (com as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde), a

⁷⁷ Destacou-se.

⁷⁸ Art. 198. §2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (...)

⁷⁹ LEAL, *idem*, p. 68.

maneira como são regulamentadas não permite que a participação popular tenha efetivo poder decisório sobre os destinos das políticas públicas. Apesar de a Lei nº 8.142 estabelecer que os Conselhos de Saúde possuem “caráter deliberativo” (art. 1º, §2º), não é definido como ocorrerá o processo decisório, definição delegada ao regimento de cada Conselho (art. 1º, §5º). De qualquer forma, a existência de bons exemplos, como o Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre,⁸⁰ indicam que a luta democrática é possível. Ou seja, como existe arcabouço constitucional e infraconstitucional — nos termos apresentados acima —, torna-se viável a democratização dos sistemas de definição das políticas públicas de saúde. Entretanto, certo é que não se trata de um processo mecânico, exigindo intensa pressão popular para que se materialize esta demanda na realidade administrativa brasileira.

Por fim, ressalte-se que a participação procedimental, na realidade da saúde brasileira, ocorre sobretudo na fase instrutória, de acordo com a classificação de Oliveira,⁸¹ o que demonstra que ainda devem ser estruturados espaços que permitam uma efetiva inserção da comunidade nos processos decisórios da Administração Pública. Ademais, a importância da participação popular se reforça na medida em que é apenas com a participação da sociedade, vinculando a Administração quanto ao conteúdo do direito à saúde, que se poderá pensar em efetivação da Constituição e da legislação infraconstitucional no tocante à matéria.

5 Conclusão

Ao longo do artigo foram abordados os seguintes pontos: (i) inicialmente, foi trabalhada a temática da conformação constitucional da Administração Pública (regime constitucional-administrativo), que impõe limites à discricionariedade do administrador, ocorrendo uma ampliação do princípio da legalidade; (ii) ademais, a Constituição também estabeleceu diversos mecanismos de participação popular na condução da coisa pública, em razão do que se afirma que a democratização da Administração Pública é um dos ditames do texto constitucional; (iii) adentrando o âmbito do direito à saúde, foram apresentadas algumas acepções atribuídas ao termo saúde ao longo do tempo; (iv) quanto à configuração

⁸⁰ Rogério Gesta Leal destaca como exemplo de democratização da Administração brasileira os Conselhos Municipais estabelecidos em Porto Alegre (Lei Municipal Complementar nº 267/92), que estabelecem claramente a participação da comunidade no processo de decisão a respeito das políticas públicas em cada setor (saúde, educação etc.) (LEAL. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos, p. 402).

⁸¹ OLIVEIRA. Participação administrativa, p. 182.

constitucional do direito à saúde, trata-se de direito social fundamental, material e formalmente, além de dever atribuído ao Estado; (v) no último bloco do trabalho, foi abordado o tema das políticas públicas, enfocando a utilização desse conceito no âmbito jurídico, notadamente no Direito Administrativo; (vi) finalmente, foi utilizado o desenvolvimento teórico anterior para tratar da possibilidade de utilização do conceito de políticas públicas como instrumento na construção do conteúdo material do direito à saúde.

Conforme apresentado no tópico anterior, ainda é tímida a previsão, em legislação infraconstitucional, de mecanismos de participação popular na definição do conteúdo material do direito à saúde. Ainda assim, a noção de políticas públicas, cujo conceito pressupõe a participação da comunidade, representa instrumental que pode ser utilizado como forma de pressão das Administrações, em todos os níveis da Federação.⁸² Isso porque a participação popular na definição do que vem a ser saúde e vida saudável representa verdadeiro pressuposto para que a Constituição seja concretizada.

Exigir que a elaboração e execução de políticas públicas seja realizada de forma democrática, ademais, é demanda consagrada pela própria Constituição, de cujo texto se extrai que a esfera administrativa deve ser aberta à participação da comunidade. Para que seja alterada a realidade da saúde brasileira apresentada na introdução deste trabalho, o primeiro passo é identificar a correta compreensão dos fundamentos e objetivos do Estado e da Administração Pública. A partir disso, a construção de um projeto democrático, com a efetivação das tarefas impostas constitucionalmente, se mostra viável. Nas palavras da professora Eneida Desiree Salgado, “a culpa da realidade política brasileira não é da Constituição — é do seu desrespeito”⁸³

Public Policy and Construction of the Substantive Content of the Right to Health: a Challenge to the Brazilian Public Administration

Abstract: The article reflects on the use of the concept of public policy as a tool in building democracy from the substantive right to health. To achieve this goal, I conducted the following theoretical development at work: (i) initially, are presented the outline of the constitutional design of the Brazilian government (especially regarding the reduction of administrative discretion,

⁸² Tendo em vista que a saúde é de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios — art. 23, II, CF.

⁸³ SALGADO. Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro, p. 259.

and the forecast of several mechanisms for popular participation in routes of administration), (ii) following is worked out the issue of health, verifying initially some meanings attributed to the term over time, from that, the constitutional right to health is presented, defining its fundamentality material and formal, as well as its dimensions defensive and Benefit, and (iii) then, I introduce the theme of public policy with the study of its meaning in law, and is shown as part of the concept of public policy the popular participation in their development process, implementation and evaluation and, finally, is crafted using the concept of public policy as a tool in the construction of the material content of the right to health, made possible through the democratic struggle for the government to enter people's participation in their decision making. Then I present the conclusions of the work.

Key words: Fundamental right to health. Public Policies. Public Administration.

Referências

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação estatal. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. IP – Interesse Público, ano 7, n. 33, p. 13-54, set./out. 2005.

BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 219.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional e de teoria do direito. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COSTALDELLO, Ângela Cássia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 10, n. 40, p. 13-31, abr./jun. 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 22, n. 4, ago. 1988.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Inovações no direito administrativo brasileiro*. IP – Interesse Público, ano 6, n. 30, p. 39-56, mar./abr. 2005.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Princípios Constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas*. IP – Interesse Público, ano 5, n. 21, p. 57-80, set./out. 2003.
- FAGOT-LARGEAULT, Anne. *Reflexões sobre a noção de qualidade de vida*. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 2, p. 82-107, jul. 2001.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas*. In: BERARDI, Luciana Andrea Accorsi; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). *Estudos de direito constitucional: homenagem à professora Maria Garcia*. 2. ed. São Paulo: IOB, 2008.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo*. A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 29, p. 11-35, jul./set. 2007.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo: la defensa del usuario y del administrado*. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. t. II.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LEAL, Rogério Gesta. *A efetivação do direito à saúde por uma Jurisdição-Serafim: limites e possibilidades*. IP – Interesse Público, ano 8, n. 38, p. 63-76, jul./ago. 2006.
- LEAL, Rogério Gesta. *Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos*. In: LEAL, Rogério Gesta. *Administração Pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1993.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MILANEZ, Daniela. *O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 197-221, jul./set. 2004.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *O direito da saúde!*. In: SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Participação administrativa. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 5, n. 20, p. 167-194, abr./jun. 2005.

PESSOA, Robertônio Santos. Neoconstitucionalismo, política e Administração Pública: dilemas a serem enfrentados. IP – Interesse Público, ano 8, n. 39, p. 43-54, set./out. 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 2, n. 9, p. 91- 102, 2002.

SALGADO, Eneida Desiree. Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, Marília Lourido dos. Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. IP – Interesse Público, ano 3, n. 12, p. 91-107, out./dez. 2001.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais. Revista de Direito Sanitário, v. 3, n. 2, p. 90-106, jul. 2002.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Diálogo institucional como pressuposto da efetividade constitucional. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 6, n. 23, p. 189-206, jan./mar. 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, p. 209-230, jul./set. 2010.

Recebido em: 27.08.10

Aprovado em: 25.09.10