



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CARLOS EDUARDO UMBELINO DOS SANTOS

**DA (IM) POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA LEI ORÇAMENTÁRIA POR MEIO
DE DECISÕES JUDICIAIS PROTETIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:
ANÁLISE DO IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS GARANTIDORAS DO
ACESSO À SAÚDE ATRAVÉS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS NO
MUNICÍPIO DE SALVADOR – BAHIA (2014 – 2016)**

Salvador
2017

CARLOS EDUARDO UMBELINO DOS SANTOS

**DA (IM) POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA LEI ORÇAMENTÁRIA POR MEIO
DE DECISÕES JUDICIAIS PROTETIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:
ANÁLISE DO IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS GARANTIDORAS DO
ACESSO À SAÚDE ATRAVÉS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS NO
MUNICÍPIO DE SALVADOR – BAHIA (2014 – 2016**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade
de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Harrison Ferreira Leite

Salvador
2017

CARLOS EDUARDO UMBELINO DOS SANTOS

**DA (IM) POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA LEI ORÇAMENTÁRIA POR MEIO
DE DECISÕES JUDICIAIS PROTETIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:
ANÁLISE DO IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS GARANTIDORAS DO
ACESSO À SAÚDE ATRAVÉS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS NO
MUNICÍPIO DE SALVADOR – BAHIA (2014 – 2016**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade
de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em _____ de _____ de 2017.

Banca Examinadora

Harrison Ferreira Leite – Orientador _____
Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP)
Professora da Universidade Federal da Bahia

Renata Queiroz Dutra _____
Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UNB)
Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UNB)
Professora da Universidade Federal da Bahia

Felipe Santos Estrela de Carvalho _____
Mestre em Ciências Social pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Professor da Universidade do Estado da Bahia

Para minha mãe, meu pai (in memorian) e aos meus irmãos e tios.

Às educandas e aos educandos, trabalhadoras e trabalhadores.

Às educadoras e aos educadores, trabalhadoras e trabalhadores.

AGRADECIMENTOS

Sem a permissão de Deus, nada disso teria acontecido. Por isso, primeiro agradeço ao Deus Pai todo poderoso que me conduz até aqui.

Essa formatura dedico aos meus pais: José dos Santos (in memoriam) – Como senti falta do seu abraço forte quando li meu nome no Jornal A Tarde, até hoje ainda sinto, e, Ana Lícia Gonçalves Umbelino – Minha Fortaleza, Minha Delegada, Minha Felicidade, Minha Esperança, a dona de tudo e mais um pouco. Desejo que Deus me dê muitos anos de vida ao seu lado e que seja feliz buscando a paz na (re)conciliação, mesmo que eu um dia não esteja mais aqui, eu te amo. Ambos souberam dar o melhor que puderam para todos os seus filhos, mostrando que não podemos ter vergonha de nada.

Não pensei em outro curso em minha vida, se não este. Que Nossa Sra Bem Aventurada Irmã Dulce possa mim pautar pelos caminhos da humildade, da sabedoria, da ética, da confiança, para que eu não desapele nenhum daqueles que me incentivaram e influenciaram na construção da minha educação e dos meus sonhos.

Aos meus eternos irmãos Welington, Adélia, Débora e Sítia Santos e também aos meus tios Carlos Ferreira, Marcondes e Maria de Fátima os meus agradecimentos e o pedido de humildes desculpas pelas ausências nos momentos de comemoração.

Agradeço também aos meus amigos-irmãos Sonauto Muniz, Jaciara Argolo, Hari Brust e Claudia Gomes, pois com vocês eu aprendi o que realmente é amizade, vocês contribuíram sob medida nesta jornada, não há preço que lhes pague, amo vocês.

Ao registrar a gratidão do encerramento desse ciclo, marco a importância de cada detalhe do caminho escrito conjuntamente em espaços, vivências e experiências diversas. Para além das lembranças de fatos e momentos, rememoro os sentimentos que envolvem a solidariedade de estar junto. Quando penso em agradecer, principalmente por acompanhar no caminho, registro aqueles que em alguma medida marcam a importância desse ciclo.

A Harrison Leite, pelo cuidado pedagógico no desenvolvimento acadêmico no âmbito da monitoria – foram quase dois anos de dedicação e empenho no início da minha graduação – pelas provocações e questionamentos em sala de aula que despertaram o interesse pelo estudo do impacto das decisões judiciais sobre o orçamento público, o que deu origem à pesquisa do Permanecer. Obrigado pela disposição em orientar e sugerir caminhos que tanto influenciaram para o desenvolvimento desta pesquisa agora como trabalho de conclusão de curso.

A Renata Dutra e Felipe Estrela, que aceitaram compor a banca e por representarem e inspirarem um olhar crítico que, certamente, contribuirá para a melhoria e fortalecimento deste trabalho.

Agradeço, especialmente, a José Antonio Rodrigues, Secretário da Saúde do Município de Salvador, por ter aberto às portas da secretaria e colaborado para o enriquecimento do trabalho, juntamente com seus analistas, técnicos e gestores que tive a satisfação conhece-los. Irlan Coelho Souza, Jerônimo Souza de Cerqueira, Dona Lealdina e Neyde Silva, meu muito obrigado.

Faço referência, a Wilson França, Procurador do Município de Salvador, pessoa quem tive a satisfação de conhecer quando estava à frente da coordenação dos processos relacionados à saúde. Sem a sua ajuda, não teria dado o segundo passo, meu muito obrigado.

Às entrevistadas e aos entrevistados, que se dispuseram a realizar as entrevistas com riqueza de informações na narrativa de suas experiências, permitindo a realização desta pesquisa.

Aos amigos que conheci calouro, nos primeiros dias de aula, e que, com seus jeitos próprios, me acompanham até hoje nessa reta final de Faculdade: Sonauto, Edna, Jackson, Edosn Júnior, Carlos Luiz.

Agradeço o apoio de todos os servidores, funcionários e amigos da FDUFBA, Jarbas Linhares, Dona Noecy, Lucas, Tyrse, Genilson, Léo, Robério, Sena, Mércia, Natan, David e a Chico.

Agradeço aos meus eternos professores Harrison Leite, Dirley da Cunha Júnior, Batista Neves, Nilza Reis, João Monteiro, Francisco Bertino, Edilton Meireles e Jaime Barreiros Neto com os quais aprendi o Direito que não é ditado pelos tribunais e nem na letra fria da lei, mas aquele que está dentro de cada um de nós e que nos move na formação dos nossos ideais.

Nunca abandonarei os meus sonhos do passado, ram eles que me trouxeram até aqui, são eles que me levarão aonde quero estar.

Quem sabe o que quer vai buscar.

UMBELINO?, Carlos Eduardo dos Santos Umbelino. **Da (im) possibilidade de alteração da lei orçamentária por meio de decisões judiciais protetivas de direitos fundamentais:** Análise do impacto das decisões judiciais garantidoras do acesso à saúde através de distribuição de medicamentos no Município de Salvador – Bahia (2014 – 2016) 2017. 000 f. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RESUMO

Esta pesquisa analisa o (des)cumprimento dos requisitos do estágio jurídico na área trabalhista à luz da Lei. 11.788/2008, com enfoque na finalidade pedagógica do estágio. Pressupõe-se o estágio como forma de trabalho e entende-se a essencialidade da finalidade pedagógica na relação de estágio. Sinaliza-se que o estágio tem sido amplamente utilizado no atual contexto do mundo do trabalho, o qual é marcado por crise econômica, desemprego, transformações nas relações de trabalho e flexibilização da legislação trabalhista. Com isso, percebe-se a possibilidade de intensificação na utilização desvirtuada do estágio. Apresenta-se, então, o panorama da formação jurídica brasileira e de inserção do estágio no mundo do trabalho, construindo o perfil do estagiário trabalhista. Nessa conjuntura, com fito de analisar as relações de estágio, utiliza-se da pesquisa empírica baseada em dados obtidos nos contratos de estágio e entrevistas com estagiários que atuaram em Salvador, Bahia, na área trabalhista após a edição da Lei n. 11.788/2008. A área trabalhista analisada engloba o setor público, representado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região e o Ministério Público do Trabalho da 5ª Região, e o setor privado, representado por escritórios de advocacia trabalhista. O objetivo é compreender a finalidade pedagógica e identificar as irregularidades relativas aos requisitos do estágio, questionando-se acerca da existência de desrespeito aos requisitos do estágio e como verificar a finalidade pedagógica na prática. Após a análise dos contratos de estágio e das entrevistas, é construído um diagnóstico da situação das relações de estágio apontando as irregularidades, como ocorre o descumprimento dos requisitos e os atores sociais envolvidos, bem como são extraídas propostas e sugestões para uma “nova” perspectiva de estágio.

Palavras-Chave: Estágio; Finalidade Pedagógica; Flexibilização; Direito do Trabalho; Mercado de Trabalho.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico “**DA (IM) POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA LEI ORÇAMENTÁRIA POR MEIO DE DECISÕES JUDICIAIS PROTETIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DO IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS GARANTIDORAS DO ACESSO À SAÚDE ATRAVÉS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS NO MUNICÍPIO DE SALVADOR – BAHIA (2014 – 2016)**”, busca apresentar à classe jurídica e à sociedade, a relevância de um estudo a respeito das decisões judiciais, enquanto condição de possibilidade de acesso do cidadão aos serviços públicos no atendimento à saúde, no pleno Estado Democrático de Direito, em rota de colisão com outros princípios fundamentais constitucionais, ou quando não, em detrimento das normas e princípios orçamentários escolhidos pelo legislador constituinte como limites característicos de um estado moderno preocupado com o equilíbrio fiscal das contas públicas, para alcançar a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Inicialmente, a pesquisa intitulava-se “Da impossibilidade de alteração da Lei Orçamentária por meio de decisões judiciais protetivas de Direitos Fundamentais: Análise do impacto das decisões judiciais garantidoras do acesso à saúde no Município de Salvador – Bahia (2013 – 2016)” durante o seu desenvolvimento vimos a necessidade de delimitar ainda mais o recorte do campo de atuação da pesquisa, sendo empregado no seu título a expressão “(...) **através de distribuição de medicamentos...**” com melhor precisão.

A inclusão foi fruto da percepção de que a judicialização da saúde abrange uma série muito ampla de situações que terminam em demandas judiciais, incluindo desde o acesso a medicamentos de alto custo, a insuficiência de leitos em unidades especializadas ou de terapia intensiva até os processos contra profissionais ou instituições de saúde seja por erros técnicos ou por condutas éticas questionáveis.

Outro fator importante que influenciou a inclusão da expressão foi a dificuldade encontrada nos setores de empenho e liquidação da estrutura da Secretaria Municipal da Saúde de Salvador no que tange à separação do que é despesa ordinária daquela despesa fruto de uma decisão judicial, como exemplo, no processo de aquisição de fraldas geriátricas, vez que a administração adquire o produto em grande quantidade já prevendo a possibilidade do atendimento destas

ações. Assim, o estudo de qualquer impacto econômico decorrente dessas demandas, quer uma delimitação precisa do aspecto a ser analisado.

O Poder Judiciário como incentivador à implementação de políticas públicas na sociedade é tema cada vez mais recorrente. Tal discussão relaciona-se diretamente à difusão sobre a efetividade dos Direitos Fundamentais - neste incluídos os direitos sociais e suas notórias restrições -, diante da ausência ou ineficiência de políticas que garantam sua própria proteção, assim estabelecendo o Judiciário como órgão eminentemente protetor de violações dos ditos direitos.

Nesta linha, não são poucas as decisões no âmbito jurídico que protegem direitos sociais como a saúde, por exemplo, a distribuição de medicamentos, que se apresenta como um dos sistemas em que mais se percebe tomadas de decisões muitas das vezes sem a estrita observância quanto à repercussão financeira desta enquanto asseguradora de um Direito Fundamental. Hoje é o tema mais complexo do ponto de vista jurídico-moral que existe no Supremo Tribunal Federal (STF).

O impacto em alocações orçamentárias é uma das principais consequências em decisões ligadas à saúde. Isso mostra que o orçamento não pode impedir a proteção de direitos, sobretudo os sociais.

Nessa proteção judicial muitos pontos jurídicos são levantados, dentre eles a existência ou não de exorbitância do Judiciário na função de órgão julgador, a necessidade ou não de se analisar as normas orçamentárias como normas restritivas da efetividade dos direitos sociais, a alocação ou não dos direitos sociais no rol dos direitos humanos com igual efetividade dos demais direitos, além de outros pontos. Não há solução juridicamente fácil e nem moralmente barata frente aos casos concretos.

O presente trabalho propugna-se a estudar o impacto de decisões judiciais protetivas e garantidoras do acesso à saúde no orçamento do Município de Salvador, no período de 2014 a 2016, mas adstrito às decisões de primeira instância lavradas na Justiça Estadual quanto da Justiça Federal, para o fim de perceber a influência ou não das normas orçamentárias nas decisões judiciais, visto que, do modo como vêm sendo valoradas, não passam de normas de pequena importância na decisão judicial, muito embora sejam elaboradas pelo Legislativo, com a mesma força vinculante das demais leis, comumente são postas em segundo plano, ou seja, são instrumentais, e não um fim em si mesmo. E qual a saída a se buscar para esta questão, que passa despercebida pelos legisladores?

Para a investigação a que se propõe, a metodologia empregada na pesquisa envolveu o método hipotético-dedutivo, partindo-se do geral para o particular, o que não impediu também o levantamento de dados quantitativos, qualitativos sobre as decisões para formar novos juízos, o modo e órgãos envolvidos para efetivação das decisões, pesquisa bibliográfica, análise jurisprudencial nos tribunais superiores, além de dados de informações da internet e entrevistas com: técnicos, analistas, gestores e procuradores do município de Salvador, assim como juízes enquanto parte do trabalho de campo da pesquisa.

O estudo foi então organizado em quatro capítulos. No primeiro capítulo serão apresentadas algumas considerações gerais acerca dos Direitos Fundamentais e a sua aplicabilidade e eficácia no ordenamento jurídico brasileiro. O segundo capítulo apresenta um panorama acerca da evolução e consagração do direito à saúde no Brasil ao longo da história. O terceiro capítulo aborda os principais aspectos concernentes ao Direito Financeiro, no que tange aos seus princípios norteadores que amparam a execução do orçamento público. Ainda se aborda o estudo do orçamento do Município de Salvador, como exemplo, a despesa fixada para Seguridade Social, aí incluída à Saúde nos exercícios que esta pesquisa se propõe a estudar (2013-2016).

No quarto capítulo, analisar-se-á atividade judicante relativa aos processos que envolvem a distribuição de medicamentos demandados ao Município de Salvador, procurando trazer reflexões acerca da atuação do Estado-Juiz. Por fim, no quinto capítulo se busca verificar se a Lei orçamentária sofreu ingerências de ordem judicial e em que medida? Apresentando os parâmetros objetivos para atuação na aplicação do Direito.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Generalidades

A história da humanidade é marcada pela afirmação do indivíduo face poder político e ao poder econômico. O grande marco da afirmação dos Direitos Fundamentais foi a Declaração Francesa de 1789 que trazia em seu bojo uma peculiaridade, a qual previa que todo Estado para ser considerado um Estado Constitucional, precisaria ser fundado na separação dos poderes e no respeito aos

direitos individuais. Os Direitos Fundamentais são compreendidos modernamente como uma reserva de justiça assegurada a todas pessoas, não mais apenas em face ao Estado, mas também em face de outros indivíduos. Logo após a Segunda Guerra Mundial, sobretudo, consagrou-se a ideia da centralidade da dignidade da pessoa humana como fonte irradiadora dos Direitos Fundamentais.

1.2 História e Conceituação

A história dos Direitos Fundamentais está intrinsecamente ligada à história do constitucionalismo, movimento este: político, histórico e filosófico que defendeu a limitação do Estado por um instrumento escrito. Para CUNHA JUNIOR (2010, p.534):

[...] convertidos em parâmetro axiológico, referencial obrigatório e vinculante de atuação estatal, os Direitos Fundamentais reduzem acentuadamente a discricionariedade dos poderes constituídos, lhes impondo deveres de abstenção (não dispor contra eles) e deveres de atuação (dispor para efetivá-los).

Existe uma certa divergência entre os autores de Direito Constitucional e História de Direito que diz respeito ao seu surgimento da primeira constituição. Para os autores tradicionais, a primeira constituição surgiu com a *Carta Magna Libertatum* de 1215, na Inglaterra promulgada pelo Rei João Sem-Terra reconhecendo vários Direitos Fundamentais que hoje estão positivados nas constituições em todo mundo.

A crítica feita a esta corrente é presidida por Carl Schmitt¹ para ele a *Libertatum* reconhecia somente os direitos dos nobres e não de todos, e que a primeira constituição propriamente dita seria o *Bill of Rights* (Inglaterra, 1688/1689), que previa direitos para todos os cidadãos e não apenas uma classe deles.

Já outros autores defendem que a primeira constituição escrita foi a Constituição Americana em 1787. A terceira corrente é influenciada por Karl Loewenstein² que defende o Torah “Lei de Deus” como a primeira constituição, pois, limitava o poder dos governantes em um “Estado” teocrático, conhecido como juízes. Existe também quem defenda que a primeira constituição foi a Lei das XII Tábuas de Roma Antiga, promulgada pelos patrícios sob pressão da plebe prevendo regras escritas de direito.

¹ Teoría de La Constitución. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1928.

² Teoría de la Constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p.217.

Boa parte da doutrina é unânime em dizer que os Direitos Fundamentais tiveram sua origem no princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, a dignidade da pessoa humana é o tronco nascedouro dos Direitos Fundamentais. Para CANOTILHO (2007), “nem todos os Direitos Fundamentais tem origem no princípio da dignidade da pessoa humana. Embora seja muito abstrata com conceito aberto, ela é utilizada para justiça decidir casos concretos”.

CUNHA JUNIOR (2010, p.552-553) identifica os Direitos Fundamentais como princípios jurídico-constitucionais especiais que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana que surgiu com a criação do Estado Constitucional, no final do século XVIII, fruto do seu reconhecimento pelas primeiras normas constitucionais. Mas adiante, o autor complementa que, todos os homens são, por natureza, livres e titulares de direitos naturais. São os Direitos Fundamentais, portanto, direitos inatos preexistentes, cabendo ao ordenamento jurídico-positivo tão somente reconhecê-los.

Para fins didáticos, adotamos a nomenclatura utilizada pela Constituição Federal. Assim, os Direitos Fundamentais são aqueles básicos inseridos no Título II da Constituição: direito à vida, propriedade, igualdade, meio ambiente, cultura e liberdade.

1.3 Classificações

No Brasil, os Direitos Fundamentais são classificados em quatro categorias: Direitos Individuais, Direitos Políticos, Direitos Sociais e os Direitos Difusos. Os direitos individuais estão na origem da ideia de Direitos Fundamentais e por si, constituem uma esfera de proteção do indivíduo frente ao poder do Estado, ou seja, compreendem as liberdades públicas tradicionais direito à: vida, religião, associação, de: propriedade, igualdade, liberdade de reunião, liberdade de expressão, dentre outros. Por muito tempo esses foram os direitos existentes e historicamente reconhecidos e protestados pelos comuns como garantia mínima de existência frente ao poder arbítrio do Estado.

São direitos típicos do Estado Liberal, pois, surgiram a partir das revoluções liberais, primeiro a Revolução Inglesa (1688-1689), em seguida a Revolução Americana e da Revolução Francesa (1789). A segunda grande categoria é a dos direitos políticos, que se traduzem no direito de participação política do indivíduo na

condução do Estado: direito de votar e ser votado, participar de referendo e plebiscito, de peticionar, participar do debate político.

Os direitos políticos estão associados à ideia de democracia. Mais adiante temos uma terceira categoria reconhecida como Direitos Sociais, que se desenvolve durante o século XX a partir da percepção de que não basta somente defender-se frente ao abuso do Estado, mas também, do abuso dos outros indivíduos, sobretudo, por parte do poder econômico. De modo que os direitos sociais surgem associados à ideia de proteção do indivíduo contra o abuso do poder econômico e voltado, sobretudo, para atenuação das desigualdades sociais, são exemplos, direitos de natureza trabalhista, direito à educação, à saúde, direito à previdência social, e a exigibilidade de prestações positivas, como por exemplo o fornecimento de saneamento básico, transporte escolar e moradia.

Outra categoria de Direitos Fundamentais são os chamados direitos coletivos ou difusos que são aqueles direitos que não chegam a ser titulados por uma pessoa, mas sim por uma pluralidade indeterminada de pessoas e que possuem um objeto que é indivisível, a exemplo: a proteção do meio ambiente, do consumidor, bem e valores históricos e culturais. Objetos esses que exigem uma ação específica de tutela que são as ações coletivas.

1.4 Características

São várias características apontadas pela doutrina. Importante distinção é apresentada por CUNHA JUNIOR, em síntese temos a:

Historicidade: significa dizer que os Direitos Fundamentais são uma construção histórica e gradativa, conquistados ao longo do tempo, variando de época para época e de lugar para lugar.

Universalidade: destina-se a todos os seres humanos.

Imprescritibilidade: é a regra geral, pois há prescrição em alguns Direitos Fundamentais, o caso, por exemplo, do direito da propriedade (usucapião).

Relatividade: não existe Direito Fundamental absoluto, pois todo direito tem seu limite dentro do ordenamento jurídico.

Inalienabilidade: os Direitos Fundamentais são inalienáveis, portanto não podem ser doados, vendidos ou transferidos.

Irrenunciabilidade, o seu titular não pode dispor, embora possa deixar de exercê-los.

Limitabilidade, pois são Direitos Fundamentais absolutos.

Indisponibilidade: é a regra geral, pois existem alguns Direitos Fundamentais como da privacidade e intimidade que são sim disponíveis, na medida em que o seu titular assim possa dispor.

Concorrência: os Direitos Fundamentais podem ser exercidos cumulativamente.

Proibição do Retrocesso, uma vez reconhecidos, não podem ser suprimidos. CUNHA JUNIOR (2010, p.603)

Mas, a principal característica de um Direito Fundamental, para o Ministro Luiz Barroso é a sua oponibilidade às maiorias políticas, oponíveis mesmo ao poder constituinte derivado e ao seu poder reforma, no caso do Brasil, no seu art. 60 § 4º “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”. Pois, existem determinados valores fundamentais que as maiorias devem respeitar sob pena de frustrarem o regime democrático, dentre esses valores fundamentais estão os Direitos Fundamentais.

1.5 Regime Jurídico

A Constituição brasileira em seu artigo 5º, § 1º consagra a aplicabilidade imediata e direta das normas constitucionais, senão vejamos: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”. Este é o reconhecimento da efetividade da constituição dada pelo legislador originário, a significar que na eventualidade do legislador não regulamentar algum Direito Fundamental previsto na constituição, nem por isso, ficará frustrado e o Poder Judiciário deverá suprir a eventual omissão do legislador quando isso ocorrer através de ações especificadas para tanto.

1.6 Dimensões dos Direitos Fundamentais

Na teoria contemporânea os Direitos Fundamentais são percebidos através de duas dimensões, quais sejam a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva dos Direitos Fundamentais, esse tema não se confunde com “as dimensões ou gerações dos Direitos Fundamentais”. Para CUNHA JUNIOR (2010, p.608), os Direitos Fundamentais podem ser considerados tanto como posições jurídicas subjetivas essenciais de proteção da pessoa como valores objetivos básicos de conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito, manifestando-se destarte, ora

como carta de concessões subjetivas, ora como limites objetivos de racionalização do poder e como vetor para sua atuação.

A dimensão subjetiva é aquela que se reveste de uma pretensão individual, ou seja, nas relações entre os particulares. Já a dimensão objetiva corresponde aos Direitos Fundamentais para além de uma satisfação individual, haja a vista que a Constituição também expressa um conjunto de valores que são compartilhados entre todos numa sociedade, como exemplo, a liberdade de expressão e o acesso à informação.

1.7 A Eficácia Horizontal ou Eficácia nas Relações Privadas

Nas lições de CUNHA JUNIOR (2010, p.614) entende-se por eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais – também conhecida, conforme a preferência, de “eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas” ou “eficácia externa dos Direitos Fundamentais” – a incidência e aplicação dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações privadas (relações entre indivíduo e indivíduo).

A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais passou a ser discutida na metade do século XX, na Alemanha, tendo como *leading case* o “Caso Luth”, que foi julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958. Erich Luth era crítico de cinema e incentivou a população a fazer boicotagem a um filme que seria dirigido por Veit Harlam, grande defensor do nazismo, sendo que ele ajuizou uma ação em face de Luth, alegando em síntese que o boicote violava a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civil alemão. Apesar de ser condenado nas instâncias inferiores, Luth recorreu à Corte Constitucional Alemã. O Tribunal entendeu que o Direito Fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a regra geral estabelecida no Código Civil que protegia a ordem pública. Sendo este o primeiro caso em que se decidiu pela aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações estabelecidas entre os particulares. DIOGENES JUNIOR s.d.³

Em outro caso ainda emblemático, no STF, RE 201819/RJ movida por um membro expulso sumariamente de uma associação, o supremo entendeu que todo associado mesmo de uma associação privada, ninguém poderia ser expulso sem o devido processo legal e o da ampla defesa, vejamos:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.
I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a Direitos Fundamentais não ocorrem somente no âmbito

³ Disponível em: (http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11762).

das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os Direitos Fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos Direitos Fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos Direitos Fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. ⁴

Com esses exemplos ilustrados, percebemos a colisão entre os mais variados princípios com o princípio da autonomia da vontade em sede constitucional. Para se aplicar um Direito Fundamental nas relações privadas é necessário fazer a ponderação desses princípios com o princípio fundamental da autonomia privada, buscando sempre o equilíbrio entre eles.

1.8 Colisões e Ponderações

Nenhum Direito Fundamental é absoluto, pois há concorrência com os outros Direitos Fundamentais. Adverte o professor André Ramos Tavares (2010): “Todo

⁴ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000007697&base=baseAcordaos>

Direito Fundamental é por natureza limitado, no mínimo pelos outros Direitos Fundamentais”.

Para CUNHA JUNIOR (2010, P.606) é necessário, portanto, haver uma relação de conciliação ou de ponderação ou de concordância prática entre os Direitos Fundamentais concretamente em conflito, balanceando-se através de um juízo de proporcionalidade, os valores em disputa, num esforço de harmonização, de modo que não acarrete o sacrifício definitivo de algum deles.

Em alguns casos a própria constituição prevê alguns direitos passíveis de restrições, e mesmo quando não preveja, a posição majoritária dominante é que os Direitos Fundamentais estão sujeitos a limites iminentes, os que decorrem da natureza das coisas, que, os que decorrem das circunstâncias de que para respeitar os Direitos Fundamentais de todos é necessário limitar o Direito Fundamental de cada um.

Um exemplo de limite iminente é o exercício de liberdade de expressão que está ligado à necessidade de respeitar a integridade física de outrem. Aqui, esta restrição é ponderada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sopesando este último pelo filtro tripé da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Numa sociedade plural como é a nossa, uma construção compromissória como nós temos, a própria constituição abriga um conjunto de valores contrapostos, e conseqüentemente, Direitos Fundamentais que se contrapõem, que entram em rota de colisão entre si. Essa colisão de normas faz parte do mundo contemporâneo onde a cada dia novas demandas são ofertadas diante do Poder Judiciário, sejam os autores: a pessoa natural, a pessoa jurídica, o próprio poder público, a Defensoria ou o Ministério Público.

Por exemplo, a liberdade de expressão que entra com frequência em rota de colisão com os direitos da personalidade que incluem a honra, a imagem e a privacidade, essa é uma tensão permanente. É importante ressaltar que as colisões existem em qualquer parte do mundo. Os princípios podem ser ponderados de maneira diferente de aquilo estar sendo decidido aqui no Brasil, pois um mesmo caso neste país pode ser julgado diferente em outra nação, em razão da cultura e os valores consagrados em cada lugar, de maneira geral.

Aqui reside um ponto crucial, a observância do postulado de proibição do excesso. Segundo ÁVILA (2006, P.133), este postulado da proibição do excesso

proíbe a restrição excessiva de qualquer direito. A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um Direito Fundamental que lhe tire o mínimo de eficácia.

Cabe-nos fazer um parêntese de forma didática sobre Regras e Princípios. Para Ronald Dworkin autor da “Teoria Tudo ou Nada” que significa dizer que ou a regra é válida e tem que ser aplicada ou ela não é válida restando para si à declaração da sua invalidade. No que toca aos princípios, o autor chama a atenção para realização de um filtro diferente. Faz-se necessário realizar um sopesamento entre os princípios. Por sua vez, ALEXY (2014) nos apresenta que as regras são razões definitivas, e, os princípios são mandamentos jurídicos de otimização com o propósito de alcançar os fins determinados.

ÁVILA (2006, p.78-80) avisa-nos que as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção dos fatos. E os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Conclui o autor dizendo que, o importante é que, se o estado de coisas deve ser buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza.

Voltando, a técnica tradicional de equacionamento de problemas jurídicos não funciona. O juiz identifica a norma aplicada, os fatos relevantes, faz uma subsunção dos fatos relevantes na norma, e produz uma conclusão, ou seja, o juiz parte do pressuposto que a norma em si traz a solução para o problema concreto. Mas a vida é mais complexa que isso, pois, no caso de colisão de princípios, duas normas constitucionais possuem incidência sobre os mesmos fatos, e, portanto, o juiz não poderia escolher uma norma em detrimento de outra norma constitucional porque o princípio em matéria constitucional é uma unidade, pelo qual não contempla uma hierarquização, ambos estão contidos na Constituição que é uma unidade indivisível.

Daí surge a necessidade de ponderação entre: as normas relevantes que incidem sobre o caso concreto, numa segunda análise apura-se os fatos relevantes, e por fim, na terceira análise, faz-se um teste com as diferentes soluções possíveis mediante as concessões recíprocas entre as normas ou no seu limite e escolhas inevitáveis, para ver qual a solução constitucionalmente mais adequada.

1.9 Desde a aplicabilidade à eficácia dos Direitos Fundamentais

Nesta caminhada nos cabe agora falar acerca da aplicabilidade e efetividade dos Direitos Fundamentais, tema este de extrema significância da matéria, pois não podemos jamais esquecer que o legislador constituinte originário naquele instante elegeu uma botânica árvore enraizada de princípios e normas de caracteres programáticos, no bojo da nova Constituição.

No Brasil, passados os 25 anos da carta cidadã, ainda não se formou um consenso entre a doutrina majoritária e a jurisprudência a respeito da aplicabilidade e eficácia dos Direitos Fundamentais, notadamente aqueles qualificados como direitos sociais, o que dar margem para o fenômeno conhecido “judicialização da saúde”. É nesse contexto, que Dirley entende que:

Na ausência ou insuficiência dessas prestações materiais, cabe indiscutivelmente a efetivação judicial desse direito originário à prestação. Assim, assiste ao titular do direito de exigir judicialmente do Estado uma dessas providências fáticas necessárias ao desfrute da prestação que lhe constitui objeto. CUNHA JUNIOR (2010, p.729)

Prosseguimos quanto aos demais direitos existentes, a sua aplicabilidade já é algo superado. No caso do direito à saúde, há uma oscilação entre a norma escrita no art. 196 da Constituição com o §1^a do art. 5^a da mesma carta. Por isso a importância de debruçarmos sobre esta questão sensível.

Neste interim, sustentou o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, que a emenda “(...) objetiva expungir qualquer dúvida sobre o texto. Não é necessária lei complementar para que a sua aplicabilidade seja garantida. É isso que querem os autores da proposta”⁵. Aqui se revela uma desconfiança do legislador originário para com o legislador infraconstitucional, pois ficou demonstrada a intenção daquele em salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas.

⁵ Diário da Assembleia Nacional Constituinte, p.7314.

Na contemporaneidade, após a mudança de paradigma, na forma do Constitucionalismo Contemporâneo e, superada a classificação bipartida clássica *self-executing* (autoexecutáveis) e *not self-executing* (não autoexecutável) inicialmente defendida por COOLEY (2001, p.101-102) conceituando serem autoexecutáveis quando nos fornecerem uma regra mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado ou executar um dever imposto; e não autoexecutável quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a estes princípios vigor de lei.

Seguimos também o consenso majoritário da doutrina brasileira que adota a classificação de SILVA (s.d., p.82). Na sua classificação proposta, o jurista, assevera que, todas as normas constitucionais têm eficácia, e que as distinções entre elas “deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos”.

Inaugura uma classificação tripartite, quais: (a) normas constitucionais de eficácia plena; (b) normas constitucionais de eficácia contida; e (c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, sendo esta última repartida em dois grupos, (c.1) normas programáticas e (c.2) normas de legislação.

A primeira categoria inclui todas as normas que por possuírem uma normatividade suficiente, têm a possibilidade plena de produzirem todos os seus efeitos essenciais, atingindo todos os objetivos visados pelo constituinte. A segunda categoria inclui normas que também podem produzir todos os seus efeitos de imediato, diferenciando-se das primeiras por conterem mecanismos que permitem conter sua eficácia em certos limites desejados pelo legislador ordinário. Já as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem todos os efeitos essenciais, por faltar-lhes uma suficiente normatividade, tarefa que foi atribuída ao legislador ordinário.

Pode-se afirmar então que as normas de eficácia plena são de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação, enquanto as do segundo grupo também são de aplicabilidade direta e imediata, mas sem a integralidade, pois sujeitas às restrições previstas e dependentes de regulamentação posterior, enquanto as do último grupo são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem sobre os interesses que protegem após uma normatividade ulterior desenvolvendo a sua eficácia. Ao fim, distingue o autor as normas que se enquadram no terceiro grupo da classificação proposta, dividindo-o em normas programáticas que versam de matérias de caráter ético-social, constituindo programas de ação social, e as de legislação, que sem possuir um conteúdo ético-social, se inserem na parte organizativa da constituição. SILVA (2005, p.82-84)

Neste sentido, José Afonso da Silva, classifica o direito à saúde como uma norma declaratória revestida por um viés principiológico programático de eficácia limitada “(...) aí, não impõem uma obrigação jurídica propriamente dita, mas traduz

um princípio, segundo o qual a saúde (...) se inclui entre os fins estatais, e deve ser atendido”, TEMER (2008, p.26).

José Afonso da Silva foi o principal coordenador da Comissão Afonso Arinos (Comissão Provisória de Estudos Constitucionais) instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985, responsável pela elaboração do anteprojeto constitucional. Muitos dos trechos bastante progressistas contidos no seu teor, foram retirados e apresentados de forma individual, e até foram copiados para outros países. Senão vejamos as disposições concernentes à Saúde previstas no anteprojeto:

Art. 8º – Todos têm direito ao pleno exercício da cidadania nos termos desta Constituição, cabendo ao Estado garantir sua eficácia, formal e materialmente; Art. 10 – Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. § 1º – Na falta ou omissão da lei o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional. § 2º – Verificando-se a inexistência ou omissão da lei, que inviabilize a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição da norma que venha a suprir a falta; Art. 26 – É assegurado a todos o direito à saúde, como iniciativa da comunidade e dever do Estado; Art. 354 – O dever do Poder Público promover e atender saúde, como o estado de completo bem estar físico, mental e social de todos, garantindo-lhes condições ambientais e de saneamento. Art. 355 – Compete à União e aos Municípios, com a elaboração da iniciativa privada: I – promoção e atendimento da saúde, mediante serviços médicos de seguridade social, com base em recursos orçamentários dos Poderes Públicos e nos oriundos da seguridade social; II – elaboração de um Plano Nacional de Saúde, comando unificado e execução descentralizada, visando à assistência universal de seus beneficiários. Art. 356 – O Plano Nacional de Saúde abrangerá, entre outras iniciativas: I – medicina social, compreendendo assistência médico-sanitária preventiva; II – medicina curativa, compreendendo assistência médico-hospitalar e multiprofissional; III – expansão dos serviços de atenção primária; IV – reabilitação; V – assistência odontológica preventiva e curativa; VI – assistência farmacêutica; VII – estímulo e amparo ao esporte e à educação física; VIII – desenvolvimento da formação da carreira e da organização dos profissionais da saúde. Parágrafo único – O Plano Nacional de Saúde estimulará o envolvimento da comunidade na proteção e manutenção da saúde. Art. 357 – Compete ao Poder Público a organização de uma central de produção e distribuição de medicamentos, tornando-os acessíveis a toda a população. Será estimulada a produção no País, e por empresas nacionais, de todos os componentes farmacêuticos básicos. Art. 358 – A lei disporá sobre a criação de facilidades para o transplante de órgãos, permitindo-se a sua remoção de cadáveres humanos, independentemente de autorização em vida, desde que não haja oposição da família. Parágrafo único – Fica proibido o comércio de órgãos humanos. Art. 359 – É instituída a caderneta individual de saúde, para registro da história clínica de seu portador, e as anotações serão de responsabilidade exclusiva dos profissionais ou dos serviços que o assistiram. Art. 360 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, não menos de treze por cento do produto resultante da renda dos respectivos impostos, na manutenção e desenvolvimento da saúde pública. Art. 361 –

As empresas estatais e privadas dedicarão percentual de sua renda bruta em favor da educação e saúde de seus empregados.⁶

Essa passagem foi oportuna e necessária porque agora adentraremos no Direito à Saúde, ao qual veremos como foram consagradas as metas prioritárias na Constituição de 1988, pelo legislador originário.

2 DO DIREITO À SAÚDE E SUAS PREDOMINÂNCIAS

2.1 Generalidades

Atualmente a saúde é tratada como grande promotora da igualdade social e fomentadora do direito à vida e à existência digna. Todavia, apesar de por muito tempo ter sido discutida em resultado a sua direta relação com o Homem - tanto no que diz respeito ao ciclo de vida como ao que se trata da natureza humana propriamente dita -, nem sempre recebeu proteção e amparo legal.

Até o início do século XX não se falava em saúde como um direito fundamental, até então, estava apenas protegida pelas declarações iniciais de direitos fundamentais, como a Declaração da Virgínia (1776)⁷, a Declaração Francesa (1789)⁸ e a Declaração do Haiti (1804)⁹. REMOVER

O paradigma que cristalizou o direito à saúde como um direito e deu proteção jurídica no ordenamento, sem dúvida, foi na passagem do “Estado Liberal” para o “Estado do Bem Estar Social” em várias constituições ao redor do ocidente, que inauguraram uma série de valores ou postulados, até então resguardados e que orbitavam sobre as constituições vigentes de cada um dos países, mas que não tinham nenhuma preponderância, com o fito de estabelecer, primar, definir, nortear os caminhos que o Novo Estado deveria, a partir dali, perseguir até alcançar a consagração destes valores no maior raio de irradiação dentro do novo ordenamento.

⁶ Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>.

⁷ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html> http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>.

⁸ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>.

⁹ Disponível em:

<<http://www.dloc.com/UF00099542/00001/2j?search=declaration+%3dindependence>>.

Em termos internacionais, a saúde passou a ser assim tratada como um direito, a partir do final da 2ª Guerra Mundial, onde a dignidade da pessoa humana passou a ser valor universal sendo observados por todos os povos, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1945)¹⁰.

2.1 A Saúde nas Constituições Brasileiras

No direito pátrio, as duas primeiras constituições de 1824 e 1981 do século XIX, não trouxeram nenhuma base normativa sobre o direito. Quem inaugura esse marco é a Carta Magna de 1934 no século XX, trouxe o direito fundamental a saúde associada ao Direito do trabalho. Já em 1937, o texto magno avança ao prever a saúde da criança. Em 1936, o grande destaque foi a instauração de regras de repartição de competências destacando à União como ente centralizador. Por conseguinte, as duas constituições da década de 60 não avançaram em nenhum ponto expressivo que pudesse ser ressaltado.

Antes de falarmos do direito à saúde na constituição de 1988, convém assinalarmos a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, que aconteceu no período de 17 a 21 de março de 1986, promovida e realizada pelas lideranças do movimento da Reforma Sanitária Brasileira¹¹, três anos antes da Constituinte. Anos depois, as propostas aprovadas foram em grande parte consubstanciadas pelo SUS. Feitas essas considerações, prosseguimos.

Em sentido oposto, a Constituição de 1988, apropriadamente batizada de “Constituição Cidadã” por Ulysses Guimarães, a saúde encontrou o seu ápice, ganhando contornos de direitos fundamentais do indivíduo, e até hoje é preservada em vários dispositivos do texto pátrio, como exemplos, no art. 6º a saúde aparece como um direito social, sendo um autêntico direito fundamental de 2ª Geração (CUNHA, 2017, p.526), E nos artigos 196 a 200, define-se, portanto, como um direito positivado irradiado de efetividade: traça competências e institui o Sistema Único de Saúde (SUS). Senão vejamos:

Art. 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.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>.

¹¹ Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. **As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e CONSTITUEM UM SISTEMA ÚNICO**, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 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: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

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

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

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

IV - (revogado). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 63, de 2010) Regulamento

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)

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

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

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

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

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Observa-se que, embora a minuta proposta pela Comissão Afonso Arinos dispusesse um número maior de artigos, foi a Constituição de 1988 que dispôs de forma sistemática a organicidade do direito e acesso à saúde no país. Por opção do legislador originário, vê-se que a elaboração de um plano nacional de saúde deu lugar a constituição de um sistema único. Para o dicionário Aurélio, “sistema” significa: “Conjunto de órgãos compostos pelos mesmos tecidos e destinados a funções análogas”¹² e “plano” significa “Projeto, desígnio, intenção, fito”¹³.

¹² Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/sistema>>.

¹³ Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/plano>>.

Em linhas gerais, entendemos que já existe uma incongruência terminológica dos conceitos empregados que geram muitas controvérsias no campo das competências e efetivação deste direito social. Outro aspecto que não podemos deixar de pontuar foi a previsão inicial, apresentada como destaque em parágrafo único (*grifo nosso*), que estimularia a participação e o envolvimento da comunidade na proteção e manutenção da saúde. Esta previsão foi introduzida no inciso III, do art. 198 sem a mesma relevância que outrora, assim entendemos.

Prosseguimos, menciona DALLARI (1995, p.42) “a conclusão inevitável do exame da atribuição de competência em matéria sanitária é que a Constituição Federal vigente não isentou qualquer esfera de poder político da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde”.

Para além dos direitos explícitos e implícitos contidos na CRFB/88, na seara infraconstitucional, encontra-se um vasto ordenamento, a saber: Lei nº 8080/90 (que institui e regula o SUS); Lei nº 8142/90 (que autoriza e regula a participação da sociedade na gestão do SUS); Lei nº 8212/91 (Lei da Seguridade Social); Lei nº 9782/99 (ANVISA); e Lei nº 9961/2000 (ANS) que se correlacionam com outros ramos do direito brasileiro.

Desta forma, a saúde passou de simples serviço prestado a um dos principais direitos sociais garantidos pela Constituição, se tornando pauta dos mais importantes debates no campo doutrinário e jurisprudência, mesmo passados quase três décadas de promulgação da Carta Magna 1988.

2.20 Conceito e Característica, do Direito à Saúde

Simpatizamos com a denominação adotada pela 8ª Conferência, e entendemos o conceito de saúde em seu sentido mais abrangente como a:

Resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde. Sendo assim, é principalmente resultado das formas de organização social, de produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

Com propriedade, Jairnilson Paim, uma das autoridades sanitaristas do país, autor do livro “O que é o Sus?”¹⁴ leciona que:

¹⁴ ISBN: 978-85-7541-185-8. Edição Impressa: 2009.

O direito à saúde como componente dos direitos sociais, resultante de mobilizações e lutas em função de contradições e desigualdades geradas pelo capitalismo, e incorporado pelo chamado estado de bem estar social (*welfare state*). Expressa o direito a uma vida saudável, com qualidade, que depende das condições de existência e de trabalho, não se reduzindo ao consumo de serviços de saúde. PAIM (s.d)

Dado isso, Júlio Rocha caracteriza a Saúde como um direito difuso, na medida em que a Constituição Federal de 1988 trata-o como um direito de todos (art.196), enquadrando-se completamente no conceito normativo do CDC (art. 81,I), como sendo aquele “transindividual de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas pelas circunstâncias de fato.” ROCHA (2011).

2.30 Direito à Saúde como Corolário da Dignidade da Pessoa Humana e do Mínimo Existencial

Neste contexto, com o advento do neoconstitucionalismo, também denominado de pós-positivismo, a Magna Carta se tornou uma expressão concreta de realidade social, adquirindo inegável conteúdo axiológico, revelado através da positivação dos princípios constitucionais como espécies normativas que permitem conciliar os ideais de justiça, típicas do jusnaturalismo, como exigências de segurança jurídica próprias do positivismo, segundo SOARES (2008, p. 77).

Assim merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana tornou-se expressão da quase totalidade dos direitos fundamentais e instaurou-se uma nova preocupação da ordem jurídica na construção de um modelo em que o homem passasse a ocupar o centro do ordenamento, sendo o principal alvo das providências e preocupações do Estado. O princípio da dignidade da pessoa humana impõem-se, com intrínseca característica que é a sua titularidade e exequibilidades individuais.

A dignidade da pessoa humana implica no reconhecimento e preservação da integridade física e psíquica do ser humano, a partir da garantia de condições mínimas existenciais. Vale dizer, para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana é necessária à garantia do mínimo existencial.

Em 1933, Pontes de Miranda se referiu à existência de um direito público subjetivo à subsistência dentre o elenco dos “novos direitos do homem” que compreenderia o que chamou de “mínimo vital”. Nas suas palavras, Como direito público subjetivo, a subsistência realiza, no terreno da alimentação, das vestes e da habitação, o standard of living segundo três

números, variáveis para maior indefinidamente e para menor até o limite, limite que é dado, respectivamente, pelo indispensável à vida quanto à nutrição, ao resguardo do corpo e à instalação. É o mínimo vital absoluto. Sempre, porém, que nos referirmos ao mínimo vital, deve-se entender o mínimo vital relativo, aquele que, atentando-se às circunstâncias de lugar e de tempo, se fixou para cada zona em determinado período (...). O mínimo vital relativo tem de ser igual ou maior que o absoluto. O direito à subsistência torna sem razão de ser a caridade, a esmola, a humilhação do homem ante o homem. (...) Não se peça a outrem, porque falte; exija-se do Estado, porque êste deve. Em vez da súplica, o direito. PONTES DE MIRANDA (1933, p.28-30).¹⁵

Em 1950, BACHOOF (1954, p.42), no segundo pós-guerra, já sob a égide da Lei Fundamental de 1949 Germânica, ao considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1º, I, não demandava apenas garantia dos direitos de defesa pelo Estado, mas também uma postura ativa no sentido de garantir a vida e a segurança social.

Para BARCELLOS (2002, p.293-301) o mínimo existencial corresponde às condições materiais básicas para uma vida digna. Trata-se de um direito fundamental derivado diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, que também se manifesta em boa parte dos direitos fundamentais sociais positivados pela Constituição de 88, como: saúde, educação, moradia, alimentação, previdência e assistência social etc., estando igualmente presente em alguns direitos individuais, como no acesso à justiça.

Assim, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana são postulados que precisam orientar a atuação estatal na efetivação dos direitos fundamentais, notadamente do direito à saúde, previsto no art. 196 na Constituição como direito de todos e dever do Estado. Para Barroso (2016), “No Brasil há pessoas que são invisíveis de tão pobre e outras que são imunes de tão ricas. O desafio é criar uma sociedade pouco mais igualitária”.

2.4A Eficácia do Direito à Saúde no Brasil

Uma primeira constatação que se impõe e que resulta já de um superficial exame do texto constitucional, são normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos, sem estabelecer a forma em que deverão ser implementados, vinculando, todavia, todos os órgãos públicos à sua observância,

¹⁵ Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/26034/19156>.

mesmo diante da ausência de regulação infraconstitucional. Em qualquer situação, as normas programáticas geram direito subjetivo.

Fala-se que atualmente o Brasil segue uma doutrina externa de “restrições dos direitos fundamentais”, ou seja, parte-se da premissa que os direitos fundamentais previstos na constituição estão embasados em normas constitucionais de suporte-fáticos amplo, que se partiria de um direito *prima facie* totalmente ilimitado, e que nos casos concretos esses direitos sofreriam restrições que comprimiriam o seu suporte-fático na linha de ALEXY (1988, p.179).

De outro lado, temos a linha das teorias internas de suporte-fático restrito, na linha de MULLER (2000, p.56), que defende que “todo direito tem o seu próprio suporte-fático em seus limites encerrados, sendo preciso se descobrir a medida que os casos concretos vão ocorrendo, esses limites vão se desvelando”, ou seja, que o limite é intrínseco ao direito ou você pede algo que está dentro do direito ou você pede algo que está fora do direito.

Não havendo, portanto, a discussão de restrição, do direito, ambas teorias, assim, são inconciliáveis, a doutrinária majoritária encabeçada por Virgílio Afonso da Silva (2005, p.119) aponta para uma incompatibilidade teórica entre as duas correntes “Não se pode defender ao mesmo tempo um direito que tem limites e restrições”. Existe uma corrente minoritária que defende que ambas correntes são indissociáveis, “*O direito pode ter sim, limites e restrições. São dois momentos diferentes no exame do suporte-fático da norma*” (CARNEIRO NETO, 2017).

Qualquer linha doutrinária que o agente do direito pretenda se associar, na tentativa de buscar a satisfação desses direitos subjetivos, importará automaticamente em aumento de custos financeiros para o Estado – Executivo em face do Indivíduo. Como a fonte dos recursos financeiros não são inesgotáveis e constatando a escassez de fontes financeiras-orçamentárias em um cenário de atual recessão econômica e desequilíbrio das contas públicas, provocados pelo combate à crise de 2008, existe a necessidade de encontrar uma solução para um distensionamento existente entre o Estado – Juiz e o Estado – Executivo.

2.5A legislação Sanitária Brasileira

O sistema da saúde no Brasil é composto por leis infraconstitucionais que organizam, estabelecem competências exclusivas, comuns e privativas, além de

metas, programas, responsabilidades, em conformidade com a Carta Magna de 1988, com um único fito, que é orientar a política nacional de saúde, promovendo a satisfação plena do acesso à saúde pelo cidadão usuário desse sistema, tutelado pelo nosso ordenamento jurídico.

Neste campo, temos a Lei nº 8.080/90 - Lei Orgânica da Saúde, como matiz que institui, regula e promove o SUS – Sistema Único de Saúde, previsto no art. 200 da Constituição. O SUS constitui-se em um sistema integralizado que compete controlar e fiscalizar produtos e substâncias de interesse para a saúde, executar e fomentar as políticas públicas de saúde, de forma hierarquizada e descentralizada em cada esfera de governo.

Posteriormente, adveio a Lei nº 8.142, editada no mesmo ano. A Lei nº 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Outros entes foram criados a partir da mencionada lei, como o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), ambos com representatividade no Conselho Nacional de Saúde (CNS).

Com esses mecanismos criados, adveio a necessidade de gerir e aprimorar a estrutura administrativa do sistema. Isso foi alcançado com as edições das Leis nº 9.782/99 que cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) cuja sua principal finalidade está instituída em seu Art. 4º que consiste em promover a proteção da saúde da população, por intermédio de um controle sanitário. E a Lei nº 9.961/2000 que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que tem como fito a finalidade de regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantem a assistência suplementar, prestados pela iniciativa privada.

Outros diplomas normativos foram editados e estão vigendo nas três esferas de governo, para garantir o mandamento constitucional.

2.6A Política de Assistência Farmacêutica do Brasil

O nosso país possui um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo, que contempla Estados, Distrito Federal e Municípios, os três interligados através do compartilhamento de competências em níveis de responsabilidade, com a atenção básica com cerca de 100 milhões de atendimento em 2016.

Esta atenção básica é parte de uma Política Nacional de Medicamentos com o escopo de promover assistência à saúde da população.

Para tanto, através do Sistema Único de Saúde (SUS), o Estado disponibiliza diversos fármacos através de políticas públicas.

A partir das diretrizes apontadas pelo Ministério da Saúde, caberá à União, Estados e Municípios criar uma relação de medicamentos, respeitando as necessidades de sua população, bem como o orçamento destinado à saúde. Observa-se que ao gestor federal cabe a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), e ao município caberá, a partir dessa relação, e em consonância com o perfil das doenças que acometem a população, definir a relação municipal de medicamentos (REMUNE).

A Relação Nacional de Medicamentos, RENAME, é publicada pelo Ministério da Saúde ao qual tem os medicamentos que atendem as doenças mais recorrentes da população, as doenças mais comuns, que têm os medicamentos de menor custo de armazenamento, distribuição e tratamento que possuem um valor terapêutico comprovado.

Ainda temos o PROMEX (Programa de Medicamentos Excepcionais), dentro da Política Nacional de Medicamentos criada pela Portaria MS n. 3.916, de 30 de outubro de 1998. A maioria das enfermidades são tratadas pelos medicamentos comuns que constam nas listas RENAME e REMUNE, para além desses casos, as enfermidades de maior complexidade ou clinicamente reconhecida como doença rara ou que atinge uma parcela mínima da população, são tratadas pelos medicamentos de alto custo, conforme dito no item sete da portaria acima, porque i) exigem a aquisição de medicamentos que não constam nas listas RENAME e REMUNE; ii) muitas das vezes esses medicamentos estão em fase de pesquisa, portanto, não disponíveis para usos em humanos; iii) ou ainda não foram liberados pela ANVISA; iv) por serem excepcionais, possuem um custo elevado ou extremamente elevado para a aquisição e custeio em pequenas quantidades, visando atender a demanda individual pleiteada por meio de ação judicial.

Cabe destacarmos que, o Ministério da Saúde disponibiliza, a cada dois anos, os princípios ativos para distribuição gratuita na rede SUS, levando em consideração fatores como a alta incidência/necessidade de utilização pela população, e o preço.

Mas isso não é o suficiente, pois sabemos que a cada dia se torna mais difícil o combate a determinadas enfermidades que conseguem criar uma grande janela de

resistência, impedindo que as tais fórmulas ativas alcancem o seu efeito desejado. Isso faz com que novos casos, novas demandas, novos problemas sejam abarcados por força do mandamento constitucional.

O problema se instaura quando a administração pública, leia-se o Estado, se insurge contra esse mecanismo que é a postulação da ação judicial para satisfazer a necessidade básica do indivíduo, que tem como única alternativa a que recorrer. Se pensarmos a própria noção do Estado, este só se justifica (genericamente pensando) porque tem de realizar algum tipo de atividade (prestação de serviços públicos) na contrapartida ou em favorecimento do cidadão que o agrega.

Este processo para uma consecução dos serviços públicos, cada vez menos, pode ser afastado de uma compreensão das finanças públicas. Não é possível imaginar que o Estado vai decidir por fazer determinado tipo de atividade ou deixar de fazer outra, ou mesmo prometer que fará uma terceira, sem nos preocuparmos de como a União vai gerenciar isso, a partir de quais recursos existentes ou previstos.

E um dos principais pontos trazidos pelos gestores, analistas e técnicos da Secretaria Municipal de Saúde de Salvador, bem como, dos Procuradores Municipais e de alguns Juízes entrevistados durante a pesquisa, foi que o Município não possui condições necessárias ao completo atendimento do direito à saúde à população.

Sob o prisma da legalidade se impõe a verificação dos requisitos necessários à realização da despesa, isto é, ao gastar dinheiro público o administrador deve observar rigorosamente as autorizações e as limitações da lei orçamentária em execução. Nada pode ser pago sem previsão orçamentária nem além dos créditos orçamentários ou adicionais (art. 167, II, CF) sob pena de caracterização do crime de responsabilidade. A realização da despesa pública coloca ainda a observância do procedimento estabelecido na LRF, arts. 58 e seguintes.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX CONTINUAÇÃO XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Capítulo III

DO DIREITO FINANCEIRO

2 – A Atividade Financeira do Estado Brasileiro

Neste capítulo debruçaremos sobre um dos principais assuntos do Estado, que é a elaboração e execução do Orçamento Público. Temos como referencial a influência e os ensinamentos do professor Harrison Leite, autor da obra *A Autoridade da Lei Orçamentária*, produto de sua tese de mestrado. Tentaremos trazer um panorama dos principais aspectos abordados pelo autor, sem ignorarmos a colaboração de outros autores que discorrem sobre o tema.

Um dos primados da atividade financeira é a arrecadação de recursos para satisfazer as tutelas públicas primárias, que são de interesse em geral, por meio do oferecimento de serviços públicos, por parte do Estado. Para o professor Harrison Leite “A existência do Estado serve, entre outras coisas, para prover algumas das nossas necessidades, são elas: individuais, coletivas e públicas”, continua, “Individuais: As necessidades próprias de cada um, só o próprio indivíduo pode prover. São aquelas que são cumpridas individualmente sem a ajuda de qualquer pessoa. 2. Coletivas: As necessidades de um grupo social definido. Podem ser providas por entes privados ou pelo próprio Estado. 3. Públicas: aquelas que só o estado pode prover à sociedade. O estado positiva essas necessidades nas normas jurídicas. A necessidade é pública por essência ou porque o estado se define como o provedor dessa necessidade? Há essas duas correntes. O estado satisfaz essa necessidade através da prestação do serviço público”.

No que tange a conceituação da expressão de “necessidades públicas” há uma difícil definição pela doutrina. Para (ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. Manual de Direito Financeiro e Tributário. 18ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005) Necessidade pública é a necessidade que tem um interesse geral em determinado grupo social e é satisfeita pelo processo do serviço público. Já para (BALEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência das Finanças. 15ª ed. rev. e atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro. Forense, 2002) conceitua como “ (...) necessidades públicas, necessidades que por sua natureza, só encontram satisfação eficaz pela ação coordenada do grupo, quer seja voluntária, quer seja coativa a participação dos indivíduos que o formam. (...) A necessidade é pública quando, em determinado grupo social, costuma ser satisfeita pelo processo do serviço público, isto é, quando o Estado, ou outra pessoa de direito público, para satisfazê-la, institui ou mantém um regime jurídico e econômico especial, propício à sua obrigatoriedade, segurança, imparcialidade, regularidade ou continuidade, a cargo de seus agentes ou por

delegação a pessoas sob sua supervisão. Necessidade pública é toda aquela de interesse geral, satisfeita pelo processo do serviço público. É a intervenção do Estado para provê-la, segundo aquele regime jurídico, que lhe dá colorido inconfundível. A necessidade torna-se pública por uma decisão dos órgãos políticos”. Assim, em poucas palavras, necessidades públicas é tudo aquilo que incube ao Estado prestar em decorrência de uma norma jurídica, pelo regime de direito público. Quanto maior a gama de necessidades públicas, maior será a intensidade da atividade financeira do Estado.

2.1 – O Orçamento público

Assim como uma empresa privada, o Estado, também precisa elaborar o seu planejamento, prevendo a arrecadação de receitas e a fixação de despesas para consecução dos mais diversificados fins. E não há como falar em satisfação de direitos fundamentais sem falarmos em previsão orçamentária. A projeção, a satisfação e a manutenção de direitos sociais como acesso à saúde, educação, moradia, cultura, esporte e lazer, possuem um custo, inicialmente, previsível em lei. A elaboração de um orçamento responsável, mostra-se o principal instrumento de intervenção da ação do Estado na vida das pessoas. Embora, elaborado e aprovado para um período determinado, pelos representantes políticos, o orçamento, é elaborado a partir, de uma decisão política do governante, “No plano do Executivo, observa-se que a mácula se instala desde a elaboração, porquanto costuma contemplar situações distanciadas da realidade socioeconômica e das prioridades constitucionais” pontua Harrison Leite (2011, pág 13). Essa decisão pode ser unilateral ou participativa. Unilateral é quando o mesmo atua de acordo com suas convicções ideológicas concebidas pelo seu programa de governo. E participativa é quando as prioridades são elencadas após a realizações de audiências públicas com a presença dos conselhos, segmentos representativos da sociedade e moradores dos bairros e das comunidades zona rural.

O professor Aliomar Baleeiro “o orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas”. (BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 15ª ed. rev. e atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro. Forense, 2002).

O processo de elaboração da peça orçamentária é muitas das vezes relegado pelos legisladores, umas das razões para que seja dada vaga importância ao processo, é que muitas das vezes, o próprio legislador carece de um conhecimento técnico-contábil ou de uma assessoria legislativa capacitada dentro do seu gabinete, atenta as minúcias apresentadas pelo gestor do executivo. Assessores estes, que estão apenas figurando ou configurando nas inúmeras listas de nomeações com o mero objetivo de preencherem a quota parte, que cada um dos parlamentos faz “juz” como sendo algo indispensável para regular exercício do mandato, cumprindo o seu papel de fiscalizador da lei, à serviço do povo para qual foi eleito legítimo representante. A crítica não é pontual. Ela reflete a realidade do processo orçamentário no Brasil, pois, não há uma análise com seriedade. Os técnicos e analistas do Executivo, em especial, das Secretarias da Fazenda e de Administração, ou do Ministério do Planejamento, é quem constroem, editam, ratificam ou retificam todas as metas e programas de cada rubrica orçamentária, na tentativa de dar uma simetridade (entre receita e despesa) aos objetivos específicos que cada uma delas possui. O descrédito ao processo é tão banal que a LOA do exercício anterior chega a ser às vezes novamente apresentada como projeto de lei para o exercício seguinte, tendo sido feita apenas uma majoração ou redução dos índices percentuais das receitas já existentes na peça anterior. Agindo de tal modo, é como se estivessem cumprindo um rito “de praxe”, sem se preocuparem de fato, para que os efeitos da execução da peça orçamentária alcancem o outro lado da ponta da corda, ou seja, os cidadãos que mais carecem dos serviços e da proteção do Estado.

2.2 – Lei Formal ou Material?

No tocante a natureza jurídica, eis aqui uma sensível de discussão nos campos doutrinário e jurisprudencial da matéria. Léon Duguit sustenta que é um mero ato administrativo em relação às despesas, porque basta simples operação administrativa e, em relação à receita tributária, assume característica de lei em sentido material, porque gera, abstrata e genericamente, obrigações aos contribuintes. Já Gaston Jèze, entende que o orçamento tem caráter de ato-condição na parte referente à receita, uma vez que funcionaria como condição para deflagração dos efeitos contidos em seu bojo. Não basta apenas a previsão legal, mas necessário é que os agentes públicos pratiquem atos

jurídicos tendentes à realização efetiva de recursos dando, a cada ano, eficácia à lei. Paul Laband, identifica que a lei orçamentária comporta natureza meramente formal de lei, mas seu conteúdo nada tem de legislação. Hoennel, a seu turno, proclama a natureza de lei em face do critério orgânico, porquanto seu editor é o parlamento.

Em que pese, o STF na ADI 2.100 decidir considerar que a lei orçamentária é lei formal de efeitos concretos, salvo quando estabeleça norma geral e abstrata, portanto, insuscetível realização de controle de constitucionalidade de lei meramente formal. “Valer-se de decisão pautada em doutrina estrangeira, desprovida de relação de pertinência com o atual sistema jurídico, que estampa o seu vínculo com a época e seu nascimento de uma situação histórica-política específica, é desprestigiar a civilização jurídica nacional do seu potencial construtivo e analisar o sistema jurídico brasileiro de modo distorcido, sem levar em consideração o tratamento orçamentário dado pelo constituinte brasileiro.” Harrison Leite (2011, pág 52).

Em suas lições, o Professor Harrison Leite que identifica o orçamento como uma lei ânua, de efeito concreto, estimando as receitas e fixando as despesas, necessárias à execução da política governamental.

A própria Constituição Federal confere ao orçamento a natureza de lei (art. 165, III e §§ 5º, 6º e 8º). O § 8º prescreve que “a lei orçamentária não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa”. O art. 166 e parágrafos estabelecem um regime peculiar de tramitação do projeto de lei orçamentária, de iniciativa do Executivo, sem, contudo, exigir quórum qualificado para sua aprovação, daí sua natureza de lei ordinária.

Parece-nos, portanto, que, se o orçamento é uma lei normativa, não deve a mesma ser relativizada como um postulado jurídico. Este é um problema real da execução orçamentária. Impõe-se, deste modo, uma contribuição lúcida feita pelo professor, “*O tratamento jurídico até então dispensado ao orçamento tem resultado em transtornos na sua elaboração, na sua aplicação, na sua alteração e no seu controle. Na elaboração, porque se fazem orçamentos sem critérios razoáveis, sem planejamentos e sem estudos concretos dos reais fins que se pretendem alcançar com o gasto dos recursos públicos. Na sua aplicação, porque se permite ao Executivo efetuar gastos de acordo com a sua discricionariedade, e não do modo como democraticamente foi determinado. Na sua alteração, porque se concede poder ao Executivo alterá-lo, por decreto ou medida*

provisória, na sua quase totalidade, em alguns casos. E no seu controle, porque o Judiciário tem evitado efetuar o controle que lhe é constitucionalmente possível e insiste em efetuar um outro, indireto, que não encontra respaldo na Constituição". Harrison Leite (2011, pág 31).

Nesse esteio o autor prossegue, *"Como se trata de lei em sentido formal, pautado nesse no entendimento, não é considerada lei no todo, o que impe de lhe ser dispensada o mesmo tratamento jurídico das demais leis, como é o caso da possibilidade de seu controle concentrado de constitucionalidade, ademais de obstaculizar avanços significativos no seu debate, pois basta invocar a alcunha de lei meramente formal para se fechar o campo de maiores discussões."* Harrison Leite (2011, pág 39). Isso é uma deficiência da doutrina brasileira, por inexistir um aprofundamento maior de uma matéria essencial em termos da princípio da legalidade, que determine qual o conceito de "lei" constante na Constituição Federal, assevera.

2.3 – Em busca da materialidade orçamentária

Minoritariamente, poucos são os que se filiam a corrente que reconhece o orçamento público como Lei Material. BECKER, em sua obra sobre Teoria Geral do Direito Tributário, fornece uma interessante análise, corroborada em seguida por Harrison Leite. Senão vejamos,

"Toda a vez que o Estado cria regra jurídica que aprova o Orçamento Público, ele está aprovando sua existência, ... a falta desta aprovação importa em a relação constitucional perder sua juridicidade quando do término do prazo do Orçamento em curso que fora, antes, devidamente aprovado. A relação constitucional do Estado é contínua; a perda da juridicidade não provoca sua paralisia instantânea; ela continua, agora, como relação apenas natural"
BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: Lejus, 1998

"O Estado saiu do mundo jurídico; deixou de existir no plano jurídico, embora ainda exista como Ser Social pré-jurídico cuja relação constitucional conduz ainda um feixe de deveres e um feixe de direitos, porém agora, apenas naturais"
 Harrison Leite (2011, pág 46)

Aos que assim afirmam, vê-se natureza material no orçamento por conta dos tributos que precisam de sua anuência para serem cobrados e não por obrigação e deveres que o orçamento se só impunha, raciocínio esse que não mais perdura na sistemática legislativa brasileira. Harrison Leite (2011, pág 46).

De certo, ilustramos que não é raro o atraso na votação da proposta de LOA pelo Congresso Nacional. Pela Constituição, o Orçamento deve ser aprovado pelo Congresso até dezembro de cada ano. Quando isso não acontece, o governo só pode gastar no ano seguinte o correspondente a 1/12 do orçamento do ano anterior, até que o novo orçamento seja aprovado. Foi justamente isso que ocorreu com as propostas de LOA 2015 e 2013, ambas, por questões de disputas político-partidária, foram aprovadas dentro do seu exercício (Lei nº 13.115, de 20 de abril de 2015 - Publicada no DOU de 22.4.2015; e Lei nº 12.798, de 04 de abril de 2013). Mas nem por essas razões, os serviços essenciais como saúde e educação sofreram uma interrupção que viesse a prejudicar os administrados. Isso foi possível porque às leis anteriores, LOA 2012 e 2014 tiveram seus efeitos como fonte material para salvaguardar a continuidade da Administração.

O aspecto material do orçamento trabalha com o seu conteúdo, delimitado já na Constituição,

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:§ 8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei

São aspectos identificados pelo autor, do lado da receita, não pode haver lei ordenando a sua ocorrência se a circunstância fática assim não permitir. Do ponto de vista econômico, a estimação de valores que serão arrecadados pelo Estado, deverá ocorrer dentro da maior proximidade possível. Assim, Judicializar a receita, significa dar ao Estado ciência do quantum de recursos estar disponível, para que dentro desse limite, se saiba quanto poderá aplicar em cada área de interesse público.

2.4 – Princípios Orçamentários

Existe a possibilidade da discussão do controle por meio de ADPF, por meio do controle da omissão orçamentária, conforme ficou decidido na ADPF 45, em que o STF fez o controle

ANUALIDADE: impossibilita a cobrança de tributos ao previstos na lei orçamentária (anualidade tributária). Este princípio fala sobre a vigência temporal do orçamento pelo período de um ano.

PUBLICIDADE DO ORÇAMENTO: os projetos de leis orçamentárias devem ordenar a publicação pelo Poder Executivo até **30 dias após o encerramento de cada bimestre**, de relatório resumido de execução orçamentária.

EXCLUSIVIDADE: diz respeito ao conteúdo do orçamento, não podendo conter a lei orçamentária nenhum dispositivo estranho à previsão de receita e fixação de despesa. **Exceção:** autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita.

PROGRAMAÇÃO: todo o orçamento moderno está ligado a um plano de ação governamental.

EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO: limita o endividamento, fixa as despesas, estabelece os mecanismos de controle das despesas, proíbe a abertura de créditos suplementar ou especial sem a indicação de recursos correspondentes.

UNIDADE: não se trata da unidade documental, mas com a unidade de orientação política, articulando-se com o princípio da programação.

UNIVERSALIDADE: as parcelas de receita e da despesa devem figurar em bruto no orçamento, sem qualquer dedução (globalização orçamentária).

LEGALIDADE: abarca os planos, programas, operações e aberturas de créditos, transposição e remanejamento de receita ou transferência de recurso de uma dotação para a outra.

TRANSPARÊNCIA ORÇAMENTÁRIA: todo o projeto orçamentário será acompanhado de demonstrativos regionalizados do efeito sobre as receitas e despesas, bem como as renúncias.

NÃO VINCULAÇÃO DA RECEITA DE IMPOSTOS: fica vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, salvo nos casos de repartição de receita tributária, recursos para o ensino e para a saúde, prestações de garantia às operações de crédito por antecipação de receita, contragarantia da União para pagamento de débitos, inclusão de promoção social dos E/DF e de vinculação ao fundo estadual de fomento à cultura.

2.5 – O Controle de Constitucionalidade da Lei Orçamentária.

Existe a possibilidade da discussão do controle por meio de ADPF, por meio do controle da omissão orçamentária, conforme ficou decidido na ADPF 45, em que o STF fez

o controle de constitucionalidade de veto presidencial que frustrava a verba destinada a prestação ligada ao mínimo essencial ligados a ações e serviços públicos de saúde.

O Poder Judiciário, ainda não pode determinar a implementação de políticas públicas, ao arrepio da existência de dotações orçamentárias (**princípio da reserva do possível**). Canotilho identifica o princípio da reserva do possível para significar que a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade dos recursos econômicos, grifa Dirley em seu manual, que a doutrina nacional, lamentavelmente e não sem equívoco, vem acolhendo comodamente essa criação do direito estrangeiro, aceitando-a indiscriminadamente como obstáculo à efetividade dos direitos sociais. Prossegue à crítica dizendo que é condição primeira para qualquer estudo dos fenômenos jurídicos no âmbito do direito comparado, o prévio conhecimento do direito estrangeiro à vista do meio social e político em que ele se aplica, o que exige, conseqüentemente, uma compreensão primária da história política e social daquele país. Há casos em que, não raro, os mesmos textos legais e procedimentos jurídicos produzem efeitos jurídicos distintos, quando utilizados em domínios político-sociais diferentes, como o alemão e o brasileiro, por exemplo. A adoção de soluções estrangeiras nem sempre se compatibiliza com a realidade jurídica e material do Estado Brasileiro. (Cunha Junior, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. 2010. Pg 739).

2.6 – Planejamento Orçamentário

Por uma opção do poder constituinte originário, o orçamento público estar vinculado a noção de planejamento e programação. O planejamento é a primeira forma de intervenção do Estado no domínio econômico, o art 174 da cf, confere isso. Esse planejamento a que nos referirmos estar tripartido em leis que devem se integrar de forma harmônica e finalística, quais sejam, o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Essas leis compõem o planejamento orçamentário brasileiro e são de iniciativa do chefe do poder executivo.

PPA: Visa estabelecer programas e metas governamentais de longo prazo, revistas a cada 04 (quatro) anos. A sua finalidade é assinalar as despesas de capital e as relativas a programas de duração continuada (art. 165, §1 c/c §1 do art. 167º CF). Por exemplo, “ressocialização da população carcerária” no país, a administração só poderá gastar

recursos com ações programadas nesta ordem, sob o risco de desvio de finalidade do programa.

LDO: Compreende as metas e prioridades, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientando a elaboração da LOA, dispondo sobre a alteração da legislação tributária e estabelecendo política de aplicação das agências financeiras de fomento. Deve ser elaborada no primeiro semestre, compatibilizando orçamento de 3 anos. (art. 165, § 2º CF e art. 40 da LRF). Incumbe ao Poder Executivo encaminhar a LDO ao CN (art. 84, XXIII CF) bem como sancioná-lo (art. 48, §1º CF) utilizando do prazo do art. 35, §2º, II ADCT enquanto não sobrevier o vigor de uma lei complementar (art. 165, § 9º, I e II da CF).

LOA: Tem a função de concretizar e materializar as diretrizes e prioridades consubstanciados no PPA. Vale a pena conferir as profundas e incomparáveis lições do Professor Harrison Leite (2011, pág 27): *“A LOA é a lei que integra o programa de execução. Numa cadeia integrativa, pode-se afirmar que o programa concretiza o plano governamental (política), e a LOA (orçamento) concretiza o programa, o que lhes confere integridade e unidade de origem”*.

No exemplo dado linhas acima, *“ressocialização da população carcerária”*, a LOA deve conter elementos descritivos para que não obstaculizem uma satisfação do programa. Assim, todas as atenções devem ser dadas as denominações, objetivos, fontes, valores, produtos e respectivos quantitativos programados. E quaisquer alterações que se fizerem necessárias deverão ser apontadas neste momento de discussão durante o processo de aprovação da peça orçamentária pelo legislativo.

Consubstancia-nos Inês Soares, A Lei Orçamentária Anual (orçamento), ao contrário, é lei operativa, porque fixa a dotação orçamentária, para cada projeto ou atividade dentro de um exercício financeiro, percebendo-se, com maior nitidez, quais foram as prestações positivas que o Estado decidiu realizar no exercício seguinte.(SOARES, Inês V. P. Meio Ambiente e Orçamento Público. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 559).

2.7 – Da Escassez dos Recursos Orçamentários frente a intervenção judicial no orçamento público.

Face ao surgimento e expansão de novas dimensões dos direitos fundamentais, boa parte deles, exigindo uma satisfação, uma contra-prestação positiva, protetiva e garantidora frente ao Estado. Nem sempre os administrados conseguem ter abarcados parcialmente (ainda que a título precário) ou totalmente esses direitos.

O contorcionismo empreendido pelos gestores, em especial, grifo a maioria das prefeituras que dependem do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) diante da baixa arrecadação de receita, em alguns períodos do ano, faz com que prioridades sejam elegidas devido à escassez de recursos disponíveis para continuar tocando a máquina pública. A situação fica mais sensível quando o Município recebe uma visita do oficial de justiça, intimando-o da decisão que garante a ao autor do pleito o cumprimento da decisão judicial com reflexos orçamentários.

Frente a isso, Harrison Leite (2011, pág 109) nos ensina que, todo orçamento deve ser trabalhado sobre dois espectros chamado de macroalocação e microalocação. Este diz respeito às específicas alocações, com referência às quais instituições ou tipos de serviços que serão contemplados. Já o primeiro, refere-se sobre as decisões sobre o montante de recursos a ser repassado para cada unidade.

E que, todas as decisões judiciais que impactam dentro do orçamento, direta ou indiretamente, são chamadas de decisões com *reflexos orçamentários*, Harrison Leite (2011, pág 177-179) que por sua vez, divide-se em duas categorias: em *impacto financeiro* e *impacto alocativo*. Pois, vejamos: Impacto financeiro, são em ordem, decisões configuradoras do orçamento ou no campo das decisões que repercutem na execução orçamentária.

- a) Decisões Configuradoras do Orçamento: estão ligadas a alteração direta do orçamento com o fito de conformá-lo às normas previamente estatuídas para sua elaboração. São aquelas decisões do Judiciário no controle do orçamento, seja de ordem formal ou material.

- b) Decisões que repercutem uma na execução orçamentária: são aquelas que obrigam um ônus ao Estado ou que diminuem a sua receita, alterando a sua carga de previsibilidade.
- c) Decisões que afetam receitas: são voltadas ao controle judicial de constitucionalidade dos tributos, como sua alíquota, base de cálculo, ou outras receitas do Estado. Nessa categoria estão inseridas aquelas decisões que diminuem o ingresso público.
- d) Decisões que afetam despesas: são as que alteram a previsibilidade de pagamento autorizado no orçamento, podendo alcançar tanto as despesas previstas como as despesas não previstas.

A segunda categoria, é a que se refere às despesas imprevistas. Originadas de decisões protetivas de direitos. Com isso, o nosso trabalho estar relacionado diretamente a esta espécie de decisão judicial, de um modo ou de outro, pois, são chamadas de decisões com impacto alocativo porque são decisões não suportadas pelo direito, não justiciáveis. Exemplo: Quando o Judiciário determina obrigações ao Estado não constantes no plano orçamentário, há clara propensão no sentido de alterar específica alocação orçamentária. Conclui asseverando que, os efeitos dessas decisões imporiam consequência direta na alocação de recursos de tamanha significância, de modo que o orçamento precisaria ser alterado para atendê-las.

2.8 – O Orçamento da Saúde no Município de Salvador

O município de Salvador, possui uma população estimada em cerca de 2.921.087 (dois milhões, novecentos e vinte um mil, e oitenta e sete) habitantes, de acordo com IBGE.

A despesa fixada para Seguridade Social, aí incluída à Saúde, apresentou um incremento gradual (Tabela 01) nos exercícios que esta pesquisa se propõe a estudar (2014-2016). O trabalho visa analisar se o acréscimo nos gastos de saúde decorreu em alguma medida de decisões judiciais que impactaram em gastos públicos ou se oriundo apenas de políticas públicas realizadas pelo Poder Executivo.

O aumento e incremento da arrecadação de receitas da prefeitura de Salvador nos anos que a pesquisa se debruça é analisado, a partir de, visitas e realizações de

entrevistas com os técnicos, analistas e gestores da Secretaria Municipal da Saúde, órgão responsável pela execução e acompanhamento de todas as ações e programas da área.

As informações são apresentadas em três partes. A primeira contempla os números do orçamento para 2014-2016 destacando-se a evolução dos recursos destinados a área da Saúde. Para tornar possível a comparação entre os projetos de 2014, 2015 e 2016, excluíram-se dos números apresentados, os valores da receita efetiva resultante do aumento de arrecadação do município. Os valores da receita efetiva foram conseguidos de forma parcial, carecendo-nos dos números atualizados da Secretaria Municipal da Fazenda. Portanto, em outro panorama, faremos o uso da receita efetiva da área da saúde.

A tabela a seguir mostra a composição do orçamento global (orçamentos fiscal e da seguridade social), a previsão inicial dos gastos com seguridade social, e o impacto dos recursos destinados à saúde sobre as previsões global e da seguridade.

Estimativa do Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social				
ESTIMATIVA DE RECEITAS				FIXAÇÃO DE DESPESA
Ano Base	Receita Global	Orçamento Fiscal	Seguridade Social	Saúde
2014				

(LEI Nº 8.539/2013)	R\$ 6.388.019.000,00	R\$ 4.582.597.000,00	R\$ 1.805.422.000,00	R\$ 1.205.896.000
2015				
(LEI Nº 8.738 /2014)	R\$ 6.266.946.000,00	R\$ 4.363.257.000,00	R\$1.903.689.000,00	R\$ 1.184.019.000
2016				
(LEI Nº 8.961/2015)	R\$ 6.625.076.000,00	R\$4.584.594.000,00	R\$2.040.482.000,00	R\$ 1.189.933.000

De pronto, na análise da seguridade comparando com a receita global, percebe-se o incremento contínuo nos exercícios, acumulando o total de mais de R\$ 6 bilhões, sendo 28,26% em 2014, 30,38% em 2015, e 30,80% em 2016. Deste montante, as despesas em saúde analisada dentro do orçamento da seguridade social corresponderam a R\$ 3.579.908.000 (três bilhões, quinhentos e setenta e nove milhões, novecentos e oito mil reais) ou igual a 62% dos recursos destinados para orçamento, equivalendo-se a 66,79% em 2014, 62,20% em 2015, e 58,32% em 2016.

A segunda parte contém informações sobre as despesas, com a quantificação das receitas efetivas nos últimos anos em Saúde, e com os valores das respectivas fontes descritivas de custeio executadas no período. Compõe a tabela, as fontes 0.1.02, 0.2.14 e 0.2.23. A fonte 0.1.02 é composta por recursos correspondentes a arrecadação municipal (tributos). E as 0.2.14 e 0.2.23 são receitas oriundas dos repasses do governo federal, através de portarias ministeriais e convênios firmados com o ente municipal, segundo informações levantadas no Núcleo de Execução Orçamentária e Financeira - NOF e no Fundo Municipal de Saúde – FMS, órgãos estes, integrantes da estrutura da Secretaria Municipal da Saúde do Município de Salvador.

DESCRIÇÃO DAS FONTES DE CUSTEIO DA SAÚDE (2014-2016)			
Fonte	Receita Estimada (de 2014 a 2016)	Receita Efetiva (de 2014 a 2016)	Receita Executada (de 2014 a 2016)
0.1.02 (Mun. Salvador)	618.689.000,00	618.689.000,00	561.106.721,50
	538.470.000,00	642.360.000,00	641.519.117,35
	561.360.000,00	695.125.400,00	694.905.061,41

0.2.14 (Min. Saúde)	583.487.000,00	583.247.000,00	524.312.440,48
	642.497.000,00	635.226.000,00	558.912.398,62
	621.241.000,00	663.741.000,00	661.090.136,90
0.2.23 (Convênios)	3.720.000,00	3.960.000,00	226.357,60
	3.052.000,00	3.052.000,00	4.904,05
	7.392.000,00	7.392.000,00	842.195,23
Valor Global	1.189.993.000,00	1.366.258.400,00	1.356.837.393,54

A análise dos dados permitiu-nos observar que, houve uma elevação na arrecadação dos recursos financeiros em todas as fontes, sejam elas, oriundas da União/Ministério da Saúde ou do Tesouro Municipal.

Fonte **0.1.02 (Recursos de Impostos e Transferências de Impostos de origem municipal)**. E a ele cabemos fazer um destaque, senão vejamos: Analisando os três exercícios, observamos que em 2014 à estimativa e à receita efetiva apresentaram o mesmo valor. Já em 2015, à receita efetiva correspondeu a 119,29% da estimada, representando um incremento de quase 20% nos cofres públicos destinado a execução de programas e atividades da Saúde. Contudo, o valor executado, ou seja, o valor utilizado para satisfazer todas as despesas não ultrapassou o índice de 99,87% dos valores da receita efetiva, gerando um acúmulo de recursos na ordem de quase 20% no final do exercício. Em 2016, a receita manteve acima da meta inicial, à receita efetiva correspondeu a 123,83% da estimada, um incremento representando quase $\frac{1}{4}$ dos recursos para todo o calendário, já que, o valor executado correspondeu a 99,97% dos valores da receita efetiva. Com base nesses dados, afirmamos que o Município de Salvador alcançou o cumprimento do piso constitucional exigido por lei., na aplicação de recursos na área da saúde. Sendo em 2014 (16,92%), em 2015 (18,79%) e em 2016 (19,21%).

Fonte **0.2.23 (Recursos transferidos por meio de convênios firmados com o Governo Federal)**. Com relação a fonte dos convênios, em 2014, foi o único exercício que é percebido uma elevação no ingresso de recursos na fonte. À receita efetiva correspondeu a 106,45% da estimativa. O valor executado correspondeu a 5,72% dos valores da receita efetiva e 6,08% da estimativa. Nos exercícios de 2015 e 2016 houve uma paridade entre receita estimada e receita efetiva. A diferença encontramos quanto a execução dos

recursos. Em 2015 o valor executado correspondeu a 0,16% dos valores da receita efetiva e da estimativa, em 2016 correspondeu a 11,39%.

Fonte **0.2.14 (Recursos transferidos pelo Governo Federal, através de portarias ministeriais)**. Observa-se que nos anos de 2014 e 2015, houve uma correspondência de 99,96% e 98,87% respectivamente, entre a receita efetiva e a receita estimada, a tímida elevação aparece em 2016 representando 106,84%. Quanto a execução da fonte, em 2014 correspondeu a 89,90% dos valores da receita efetiva e 89,86% da estimativa; em o valor executado correspondeu a 87,99% dos valores da receita efetiva e 86,99% da estimativa; em o valor executado correspondeu a 99,60% dos valores da receita efetiva e 106,41% da estimativa. É desta **fonte 14** que despesas demandadas pelo Poder Judiciário, são satisfeitas. São recursos do SUS destinados para compra de medicamentos, que o Município de Salvador utiliza para atender as decisões judiciais. A montante mensal é na ordem de R\$ 1.274.173,80 (Um milhão, duzentos e setenta e quatro mil, cento e setenta e três reais e oitenta centavos) o que corresponde a R\$ 15.290.085,60/ano. Havendo casos de ineficiência de recursos na referida fonte, o valor restante é completado com os recursos do Tesouro Municipal da **fonte 02**.

E por fim, a terceira traz a análise dos recursos gastos com a compra e aquisição de medicamentos pelo município nos exercícios de 2014, 2015 e 2016. Consideramos dois grupos, I - medicamentos em geral e II - medicamentos judicializados.

DESCRIÇÃO DE CUSTEIO COM MEDICAMENTOS (2014 – 2016)				
Fonte 0.2.14 (Recursos transferidos pelo Governo Federal, através de portarias ministeriais)				
Ano Base	Receita Efetiva	Receita Executada	Medicamentos I	Medicamentos II
2014 (LEI Nº 8.539/2013)	583.247.000,00	524.312.440,48	16.798.963,00	214.411,76

2015 (LEI Nº 8.738 /2014)	635.226.000,00	558.912.398,62	14.941.940,80	187.222,01
2016 (LEI Nº 8.961/2015)	663.741.000,00	661.090.136,90	19.482.254,08	520.057,70
Valor total gastos com medicamentos:			R\$ 51.223.157,88	R\$ 921.691,47

O valor total acumulado somando os Medicamentos I e II é de R\$ 52.144.849,35. Onde o montante dos gastos com medicamentos II é na ordem R\$ 921.691,47 (novecentos e vinte um mil, seiscentos e noventa e um reais e quarenta e sete centavos). Nos detendo ainda mais sobre a repercussão dessa despesa, vemos que em 2014, 2015 e 2016, ela representou o corresponde a 1%, 1% e 3%, respectivamente, ou o equivalente a margem de 2% do valor acumulado somando os Medicamentos I e II. Os valores gastos em 2016 superaram os de 2014 e 2015.

Se acima informamos que, a União destina anualmente a quantia na ordem de R\$ 15.290.085,60 isso evidencia que o valor executado ano a ano com a aquisição de medicamentos II, passa a corresponder aos seguintes resultados:

- Em 2014, 1%
- Em 2015, 1%
- Em 2016, 3%

A crítica que se estabelece é com relação a inexistência de uma fonte específica no orçamento municipal para direcionar de forma mais específica os repasses dos recursos do SUS, somados aos recursos do Tesouro Municipal para custear as decisões judiciais. Diferente de outras capitais como São Paulo, Salvador não possui nada semelhante. Isso dificulta o acompanhamento da execução orçamentária de forma mais analítica, como acontece com outras rubricas. Existe a inda uma falta de transparência, vez que, esses dados não constam de forma detalhada em nenhuma das propostas enviadas ao Poder Legislativo Municipal. Daí a necessidade de i) a administração municipal elencar a despesa dentro de uma rubrica orçamentária específica; ii) para que à comunidade de modo em geral, por meio do orçamento participativo possam sugerir em menor ou maior grau a destinação de recursos para atender as demandas.

Ainda há um outro problema identificado. Diz respeito a inexistência de um Centro de Custo integrado diretamente à Secretaria Municipal da Fazenda, capaz de permitir a compra de insumos para administração através de uma triagem onde seriam lançados em um único registro geral, nesta inteligência, uma vez recebida a intimação no protocolo da Secretaria Municipal de Saúde, determinando o cumprimento da sentença, este cadastramento, sinalizaria a finalidade da despesas pleiteada pelo administrando na via judicial, assim, facilmente, tornaria possível, um estudo não só com medicamentos, como exemplo, a compra de fraldas geriátricas, próteses, tratamento clínico, internações e outros.

REFERÊNCIAS

8ª Conferência Nacional de Saúde. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Melheiros, 2014.

_____. **Theorie der Grundrechte.** Baden-Baden: Nomos, 1988.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação Dos Princípios Jurídicos.** São Paulo: Melheiros, 5ª Ed. 2006.

BACHOF, Otto. **Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht.** In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 12: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates; Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1954.

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

BARROSO, Luis Roberto. **Artigo: Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática.** 2008. Pág. 15.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2007.

COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Constitutional Limitations which rests upon the Legislative Power of the States of the American Union.** Boston: Little Brown, 1980. p. 99-100. Apud FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas Constitucionais Programáticas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª Ed. 2010

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde.** São Paulo, 1995.

Declaração da Virgínia (1776). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 09 de março de 2017.

Declaração do Haiti (1804). Disponível em: <http://www.dloc.com/UF00099542/00001/2j?search=declaration+%3dindependence> >. Acesso em: 09 de março de 2017.

Declaração Francesa (1789). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-franca-1789.html>.

1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 09 de março de 2017.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (1945). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 09 de março de 2017.

Diário da Assembleia Nacional Constituinte. P. 7314

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 set. 1986. Seção 1. Suplemento Especial ao nº 185. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>

DIOGENES JUNIOR, José Eliaci Nogueira. **Breves apontamentos relacionados à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11762.

KLEIN, Cristian. **Para Barroso, rito do STF legitima ‘um pouco’ o afastamento de Dilma.** 2016. Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/4619361/para-barroso-rito-do-stf-legitima-%3Fum-pouco%3F-o-afastamento-de-dilma>

MIRANDA, Pontes de. **Direitos à subsistência e direito ao trabalho.** Rio de Janeiro: Ed. Alba Limitada, 1933.

_____. Os novos direitos do homem. Rio de Janeiro: Ed. Alba Limitada, 1933.

MULLER, Friederich. **Métodos de Trabalho de Direito Constitucional.** Tradução: Peter Naumann. Max Limonad. São Paulo, 2000

NETO, Durval Carneiro. **Dever e Responsabilidade do Estado por Omissão no Atendimento de Pretensões Fundamentais na Área Social: Quando Ignorar a Reserva do Possível Significaria Admitir o Risco Integral.** Tese de Doutorado, Salvador. 2017.

PAIM, Jairnilson. **‘Não há espaço para o SUS democrático e constitucional nesse governo’.** CCE- FIOCRUZ. Disponível em: <http://www.cee.fiocruz.br/?q=node/459>).

_____. O que é SUS? Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2009. 148 p. ISBN: 978-85-7541-185-8. Edição Impressa: 2009

PLANO significado. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/plano>>. Acesso em: 02 de agosto de 2017.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos interesses difusos e coletivos.** 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SISTEMA significado. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/sistema>>. Acesso em: 02 de agosto de 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, justiça e princípios constitucionais.** Editora JusPodivm 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** p. 528. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional.** 22 Ed. São Paulo. Malheiros, 2008.

Teoría de La Constitución. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1928.

Teoría de La Constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.