

Vinculação da Administração à Constituição

Alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução - transformações do direito administrativo; 2. Vinculação da Administração à Constituição; 2.1. O cumprimento da Constituição através da prestação de serviços públicos; 2.1.1. Direito à saúde – conteúdo jurídico da previsão contida no art. 196 da Constituição; 2.1.1.1. Direito à saúde – conceito jurídico indeterminado – o que pode ser exigido do Estado?; 2.1.1.2. Os serviços públicos de saúde prestados pelo Estado devem ser necessariamente gratuitos?; 3. Conclusão; 4. Bibliografia.

1. Introdução

No curso do século XX, diversas transformações marcaram o Direito Administrativo. Como outros ramos do Direito, o Direito Administrativo também está em contínua evolução, buscando adaptar-se à realidade a que se dirige, de modo que sua regulamentação seja mais eficiente no que se refere à disciplina do bom agir estatal.

Dentre as mudanças enfrentadas por tal ramo da ciência jurídica, destacam-se sua constitucionalização, uma maior abertura à utilização de instrumentos de direito privado por parte de autoridades públicas e a perseguição de pautas de interesse geral por meios diversos da singela emissão de atos administrativos unilaterais (ao menos nos moldes em que estes foram originalmente concebidos)².

No que diz respeito à constitucionalização da Administração, verificou-se no século XX a elaboração de Cartas políticas que impuseram aos poderes constituídos de diversos países uma ação orientada à concretização de programas de longo prazo, pensados no desenvolvimento de sociedades em que se garantisse ao indivíduo um nível mínimo de bem estar, a partir do qual este tivesse condições de plenamente explorar suas potencialidades enquanto ser humano.

Sobre a utilização de instrumentos de direito privado pela Administração, pode-se dizer que houve uma volta às origens. Num primeiro momento do Estado (de Direito), aplicava-se ao Executivo e aos particulares um mesmo conjunto de normas, que podemos chamar de direito comum (ESTORNINHO, 2009, p. 26 e ss.). Enquanto nos países de *common law*, a grosso modo, ainda persista tal ideia, naqueles cujo ordenamento

¹ Mestre e doutorando em Direito do Estado. Professor Substituto da EPM. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

² Sobre as transformações enfrentadas pelo Direito Administrativo, no último século, confira-se MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 2. ed, São Paulo: RT, 2003; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003; OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública - o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2007 (reimpressão da edição de 2003), p. 411/542.

jurídico inspira-se na raiz romano-germânica houve uma progressiva especialização do direito aplicado à atividade governamental, fenômeno este justificado pela necessidade de dotar as autoridades de instrumentos aptos a garantir a prevalência do interesse público no desempenho de suas funções.

A especialização do direito público, contudo, nem sempre redundou em um melhor exercício das competências estatais. Procedimentos rígidos e excessivamente detalhados, apesar de exigidos com o propósito de evitar desvios no uso de recursos do erário, revelaram-se inadequados para reger toda a plêiade de tarefas de incumbência da organização política. A previsão de cláusulas exorbitantes em contratos com a Administração, por sua vez, também cobra seu preço. Os custos de tal prerrogativa são inevitavelmente repassados às avenças, o que traz questionamentos sobre a conveniência de sua manutenção em toda e qualquer contratação de bens e serviços pelo Estado.

Por outro lado, a própria forma de agir do Executivo, distante da sociedade e fundada apenas no entendimento que um seletivo grupo de funcionários tem da realidade, não se mostra suficiente para adoção de decisões ponderadas em casos complexos, cuja legitimidade e mesmo efetividade depende cada vez mais de sua compreensão (e aceitação) por parte das populações diretamente afetadas pelas escolhas a cargo dos gestores públicos.

Perante tal quadro de transformações, não são poucos os desafios enfrentados pelo Direito Administrativo.

Neste ensaio, teceremos algumas considerações sobre o impacto que uma Constituição dirigente tem sobre a função administrativa. Em especial será analisado o conteúdo jurídico do dever insculpido no art. 196 da CR/88, que diariamente fundamenta milhares de ações nas quais cidadãos perseguem judicialmente medicamentos, insumos e tratamentos que lhes são negados nos postos de saúde.

2. Vinculação da Administração à Constituição

A Constituição de Weimar de 1919 foi um marco na construção de ordens jurídicas preocupadas não apenas com a manutenção de uma realidade preexistente como também com a construção de sociedades mais homogêneas (FERREIRA FILHO, 2009, p. 350/351; ROSANVALLON, 2008, p. 104 e ss.), em que a cada membro seja garantido um patamar mínimo de bem-estar através da prestação de serviços públicos.

A partir de tal Carta, precedida temporalmente pela Constituição Mexicana de 1917, passou a haver a consagração de direitos sociais em diversos ordenamentos constitucionais (SILVA, 2008, p. 183), os quais passaram a encarregar o Poder Público de variadas missões destinadas a assegurar o fortalecimento dos laços de interdependência existentes entre os cidadãos.

Uma nova sociedade, marcada pela ascensão das classes trabalhadoras, exigiu um novo Estado, efetivamente comprometido com a distribuição dos frutos do progresso social e econômico para populações até então marginalizadas (PASTOR, 2000, p. 69).

A crescente tensão entre os detentores do capital e os despossuídos, num contexto de industrialização, aumento demográfico e urbanização, levou a uma progressiva universalização do sufrágio. Como consequência de uma sociedade pluriclasse (GIANINI, 1993, p. 48 e ss.), houve a promulgação de Leis Fundamentais de compromisso,

contendo projetos a serem perseguidos pelo Estado com o fim de reduzir ao máximo os antagonismos sociais, medida necessária para evitar rupturas abruptas das ordens até então vigentes³.

Entre nós, a primeira Constituição a refletir esse fenômeno foi a Carta de 1934 que, inspirada na Constituição de Weimar, preocupou-se com a disciplina da ordem econômica e social (SILVA, 1999, p. 84; FERREIRA FILHO, 2009, p. 350/351), inaugurando um plano de sociedade mais justa que, no essencial, continuou a ser buscado pelos textos fundantes subsequentes, em uma crescente a culminar com o advento da Constituição Cidadã.

Uma Constituição que impõe à Administração a execução de políticas/serviços públicos dirigidos a promover o bem de todos e a reduzir desigualdades (art. 3 da CR/88⁴) acaba por limitar o papel do legislador ordinário na pauta das atividades a serem desenvolvidas pelo Estado.

Não só a lei formal editada pelo Parlamento deve estar em consonância com a disciplina constitucional de determinada competência pública, como a previsão de atos materiais a serem realizados pela organização política no cumprimento de comandos da Lei Maior, por si só, já tem o condão de atribuir ao gestor um não desprezível grau de autonomia no desempenho de suas funções.

A vinculação da Administração aos direitos fundamentais (MACHETE, 2004, p. 207; ESTORNINHO, 2009, p. 223 e ss.; MANCEBO, 2004, p. 9 e ss.⁵; ZAGREBELSKY, 2011, p. 21 e ss.) tira o protagonismo do Legislativo na regulação de diversas missões estatais.

Enquanto no Estado liberal a lei assumiu a função de limitar a ingerência do Executivo na esfera privada dos cidadãos (DI PIETRO, 2010, p. 177/178), tendo por propósito precípuo a proteção da saúde, segurança e sossego dos indivíduos, no Estado social esta é um instrumento com alcance bem mais abrangente, um elemento necessário mas não suficiente para reger toda a gama de desafios contemporâneos que se colocam às organizações políticas como imposição da ordem constitucional⁶.

³ Giannini observa que nem sempre esta influência de novos estratos sociais na configuração do Poder implicaram, ao menos em um primeiro momento, alterações nas Constituições formais de diversos países (como Inglaterra, Estados Unidos, França e Itália), apesar de suas constituições matérias terem se transformado profundamente (GIANNINI, 1993, p. 48).

⁴ Art. 3º da CR/88 - *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

⁵ Para ilustrar a mudança de paradigma quanto aos papéis da lei e da Constituição na formação do Estado de Direito tal como hoje o conhecemos, confira-se passagem da lição de Luis Villacorta Mancebo: *Pues bien, aquellos viejos postulados obra del voluntarismo racionalista que intrinsecamente asociaban tanto la libertad como la igualdad a la generalidad y la universalidad de la Ley, son sustituidos ahora por el nuevo dogma de la vinculación constitucional de la Ley democrática, y ello no sólo desde la perspectiva formal sino también desde la vertiente sustantiva, habida cuenta del denso contenido normativo que presentan los modernos textos constitucionales, al incorporar en sí mismos un orden material de valores de rango superior, a través, esencialmente, de la tabla de derechos fundamentales, que pasan de este modo a adquirir carácter constitutivo para el Estado en su conjunto* (MANCEBO, 2004, p. 32-33).

⁶ Maria João Estorninho observa a seguinte evolução do Direito na disciplina do Estado: enquanto no Estado absoluto apenas parte da atividade estatal era regida pelo Direito comum (privado), no Estado liberal a lei procurou abarcar toda função administrativa, passando a haver uma diferenciação entre o direito público (que passou a ser a regra na regulação da organização política) e o direito privado (exceção) aplicável à Administração. Já no Estado social, considerando o enorme aumento das atribuições estatais, passou a haver nova expansão do direito privado como instrumento de exercício de competências públicas, com destaque para o manejo do contrato para satisfação de interesses coletivos (ESTORNINHO, 2009, p. 33 e ss.)

Ao passo que no sistema anterior vigia uma vinculação negativa do Estado à lei (restrição à autoridade), no sistema atual há a sua vinculação positiva não só à lei como ao Direito (DI PIETRO, 2010, p.180 e ss.; ESTORNINHO, 2009, p. 175 e ss.; MEDAUAR, 2003, p.146 e ss.), de modo que as mais variadas intervenções do Poder Público na sociedade devem ter por base autorizações previstas em regras de competência, de acordo com as balizas traçadas pelo ordenamento para tanto⁷.

O Estado liberal avançou perante o Estado absoluto na proteção dos direitos individuais, para o que a ideia da lei como disciplinadora de todo o Estado teve papel essencial (ESTORNINHO, 2009, p. 33).

Já no Estado social o Direito estrutura e é o fundamento de toda a ação administrativa, a qual tem na lei seu principal, mas não único, parâmetro de normatividade. Para concretizar as missões previstas abstratamente no texto constitucional, a atividade prestacional da Administração deve observar os parâmetros estabelecidos na Lei Maior, os princípios expressos e implícitos nela albergados, a lei (parlamentar) e demais atos normativos expedidos pelo Executivo.

Ao passo que no Estado liberal ainda se aceitava amplas margens para decisões discricionárias do Executivo, entendidas como “políticas” e, assim, não sujeitas a controle (DI PIETRO, 2010, p. 178), no Estado social, apesar de largo espectro para ações discricionárias advindas das inúmeras tarefas do Poder Público, essa margem decisória passou a ser vista como “poder jurídico”, submetido à fiscalização judicial inclusive com base em princípios.

Outra decorrência da assunção de novas empreitadas pela Administração foi a atribuição crescente de poderes normativos ao Executivo, o que se justificava pela complexidade das matérias pendentes de regulamentação (DI PIETRO, 2010, p. 178), a qual, por vezes, ainda carecia de flexibilidade que permitisse sua alteração de tempos em tempos atendendo a novas circunstâncias do setor regulado.

O fenômeno, como era de se imaginar, traz questionamentos sob o prisma da ideia de separação de poderes então reinante no Estado liberal, desafiando a doutrina e a jurisprudência até os dias de hoje.

2.1. O cumprimento da Constituição através da prestação de serviços públicos

O serviço público, a partir do início do século XX, transforma-se na noção central do direito administrativo, sendo que sua existência passa a ser não só critério para identificação deste direito especial que rege a Administração, como a própria justificativa da legitimidade das prerrogativas conferidas ao Estado para a perseguição do bem comum (CHEVALLIER, 2012, p.16 e ss.).

A realização do Estado social dá-se em grande medida por meio dessa atividade prestacional que, oferecendo à população bens de utilidade pública, concorre para garantir a cada indivíduo o mínimo necessário à sua existência digna.

Para que se atenda aos fundamentos da República (art. 1 da CR/88) e se persiga seus objetivos (art. 3 da CR/88) deve o Estado implementar políticas públicas em favor

⁷ Importante anotar o uso da expressão vinculação positiva do Estado à lei para designar o que alguns chamam de legalidade estrita, ou seja, de que o Estado só pode fazer o que a lei permite (DI PIETRO, 2010, p. 178).

dos cidadãos, muitas das quais se dão justamente através de serviços, como de saúde e educação.

O serviço público, entendido como uma atividade estatal exercida em regime de direito público, pode ser executado materialmente a particulares desde que concedidos nos termos do que prevê o art. 175 da CR⁸.

A Constituição não estabelece a gratuidade do serviço público (MEDAUAR, 2014, p. 363)⁹, sendo que, muitas vezes, este é remunerado por tarifas pagas pelos respectivos usuários (inciso III, do parágrafo único, do art. 175 da CR).

2.1.1. Direito à saúde – conteúdo jurídico da previsão contida no art. 196 da Constituição de 1988

O art. 196 da CR de 1988 estabelece:

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 (g.n.)¹⁰.

Vale registrar que a disciplina constitucional do direito à saúde não exclui os agentes privados da organização de tal atividade prestacional (art. 197¹¹ e 199 da CR¹²), os

⁸ Art. 175 da CR - *Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.*

⁹ “Vinculada à igualdade se coloca a questão da gratuidade. Esta não afirmada como princípio do serviço público. Às vezes o ordenamento determina a gratuidade; por exemplo, a Constituição Federal de 1988 assegurou a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, IV); fixou, como dever do Estado, a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I); e determinou a gratuidade dos transportes coletivos urbanos a maiores de 65 anos (art. 230, § 2º)” (MEDAUAR, 2014, p. 363) (g.n.).

¹⁰ Para apontamentos sobre o tratamento conferido pelas Constituições anteriores à de 1988 ao direito à saúde, ver SURYAN, Jacqueline. O direito à saúde no direito comparado: do Brasil ao mundo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 86, p. 39/71, jan./mar. 2014. Apenas para ilustrar a enorme diferença entre o regime constitucional pré e o pós-1988 acerca do direito à saúde, veja a redação do art. 165 da CR/1969: “A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: (...) XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva” (g.n.). Como salta aos olhos, a existência de uma ordem constitucional que garanta a todos o “direito à saúde” é sensivelmente distinta da que assegure aos “trabalhadores” “assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva”. Contudo, infelizmente a Administração, em todas as suas esferas, resiste em assumir uma política pública compatível com a disciplina constitucional vigente, cujo conteúdo é definido não só pelo Legislativo e o Executivo, como também pelo Judiciário que, como é sabido, tem a missão de dizer em última instância o que é o Direito na análise dos casos concretos, o que, evidentemente, acaba tendo reflexo nas ações gerais em tal setor. Mais à frente voltamos ao ponto.

¹¹ Art. 197 da CR - *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. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada (g.n.).*

¹² Art. 199 da CR - *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*

quais podem participar via contrato ou convênio das ações e serviços que integram a rede regionalizada e hierarquizada conhecida como Sistema Único de Saúde – SUS (§ 1º do art. 199 da CR).

Ainda é previsto que o SUS será financiado por recursos orçamentários de todos os entes da Federação¹³, sem prejuízo de outras formas de custeio (§ 1º do art. 198 da CR¹⁴).

Apesar da regulamentação relativamente detalhada feita pela Carta Política acerca de tal direito fundamental, não são poucas as questões que se colocam no dia a dia quanto ao fiel cumprimento pela Administração no que diz respeito à manutenção de serviços públicos de saúde.

Com base quase que exclusivamente no que dispõe o art. 196 da CR, que em um primeiro momento foi entendido como norma de eficácia limitada (STJ, Min. Rel. Demócrito Reinaldo, ROMS 6564/RS, DJU 17/06/1996¹⁵), há um crescente número de pessoas que se vale de ações individuais para, perante o Poder Judiciário, obter tratamentos e remédios de que necessitam para preservar sua integridade física e mental.

Uma série de dúvidas surge quanto ao impacto dessas ações na liberdade que teria o Executivo para disciplinar sua política pública em tal âmbito, entendida esta como conjunto de ações a serem desenvolvidas no longo prazo com o propósito de progressivamente melhorar o atendimento médico e ambulatorial oferecido à população.

Também não se sabe até que limite o direito de cada indivíduo à saúde pode ser exigido do Estado.

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 (g.n.).

¹³ No que diz respeito ao financiamento orçamentário do SUS a cargo da Administração em suas diferentes esferas, Élica Graziane Pinto fez estudo detido sobre a regressividade da participação da União em tal sistema quando comparada à dos Estados e Municípios entre os anos de 2003 e 2008. No período, embora a União tenha tido aumento de receitas, esse incremento não teve por destinação a melhora proporcional dos serviços de saúde, sobrecarregando Estados e Municípios em tal mister. Esse subfinanciamento do setor teria sido fator fundamental no aumento expressivo da judicialização da respectiva política pública. Destacamos passagem: “as ações individuais, desse modo, dariam vazão - como válvula de escape necessária e até útil - às pressões tóxicas que retardariam o dever de sistematizar a política de saúde como um direito coletivo e como responsabilidade de todos os entes da Federação” (PINTO, 2015, p. 220/221).

¹⁴ 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 (g.n.).

¹⁵ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECÍVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PRÓPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO À SAÚDE - PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIÁRIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS - EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETÁ-LAS ATRAVÉS DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICÁCIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TÊM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, “OU NÃO DISPÕEM DE EFICÁCIA PLENA”, POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDÊNCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. NA REGRA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE “TODOS TÊM DIREITO E O ESTADO O DEVER” - DEVER DE SAÚDE - COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, “NA REALIDADE TODOS NÃO TÊM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, O PONÍVEL AO ESTADO, DE EXIGIR EM JUÍZO, AS PRESTAÇÕES PROMETIDAS A QUE O ESTADO SE OBRIGA POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES”. NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO, A NENHUM ÓRGÃO OU AUTORIDADE E PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE (STJ - Primeira Turma - Min. Rel. Demócrito Reinaldo, ROMS 6564/RS, DJU 17/06/1996).

Uma pessoa teria direito, pelo SUS, ao melhor tratamento disponível no mercado, ou teria que se contentar com o serviço oferecido indistintamente a todos os cidadãos? Alguém que tem plano de saúde pode ser atendido pelo SUS? Em caso positivo, pode o Estado cobrar pelos serviços da seguradora? O direito a remédios se limita a listas aprovadas pelos gestores do sistema público? O Estado é obrigado a fornecer medicamentos experimentais? Não havendo disponibilidade de atendimento pela rede pública, pode o indivíduo ser atendido na rede privada obtendo reembolso da Administração? O serviço de saúde prestado pelo Estado deve ser necessariamente gratuito?

Essas indagações são apenas algumas das dificuldades que enfrentam diariamente os Tribunais quando instados a decidir sobre o alcance do art. 196 da CR, desafio ao qual se soma a regulamentação insuficiente da matéria feita pela Lei 8.080/90.

Para os estreitos limites do presente estudo, que se preocupa com a limitação imposta pelas normas constitucionais à livre organização de uma função pública pela Administração, teceremos considerações sobre dois pontos que nos parecem fundamentais: 1) O que pode ser exigido do Poder Público sob o fundamento do art. 196 da CR?; e 2) o Estado pode cobrar pelos serviços de saúde que presta à população?

2.1.1.1. Direito à saúde – conceito jurídico indeterminado – o que pode ser exigido do Estado?

As prestações que podem ser exigidas por uma pessoa para fins de resguardo à sua integridade física e mental não são suscetíveis de previsão exaustiva em atos gerais e abstratos, como as listas de medicamentos incorporados ao SUS.

O que é “saúde”? Como conceito jurídico indeterminado¹⁶, a “saúde” de alguém só pode ser determinada diante das circunstâncias de um caso concreto.

Logo, apenas diante de um paciente de carne e osso, o médico que o atende terá condições de prescrever o tratamento necessário para restauração do equilíbrio adequado de suas funções vitais, objetivo que a ordem constitucional garante que será perseguido pelo serviço público de saúde estruturado pelo Estado.

Nesses termos, se é dever do Estado assegurar a saúde dos cidadãos, não basta, à vista de receita médica devidamente fundamentada quanto à imprescindibilidade de certo fármaco para um doente, que a Administração se limite a afirmar que tal produto não fora incorporado ao protocolo da rede pública de assistência.

E essa interpretação é justamente a que ganhou consistência na jurisprudência brasileira dos últimos anos, com destaque para o julgamento em março de 2010, pelo Supremo Tribunal Federal, da STA 175¹⁷.

¹⁶ Assim define conceitos jurídicos indeterminados Marçal Justen Filho: “são expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 167/168). José Afonso da Silva destaca que saúde “não há de ser simplesmente ausência de doença. Há de ser também o gozo de uma boa qualidade de vida”. O autor ainda pontua: “a leitura do art. 196 mostra que a concepção de saúde adotada não é a simplesmente curativa, aquela que visa restabelecer um estado saudável após a enfermidade; mas a prestação social, no campo da saúde, volta-se especialmente para os aspectos da prevenção” (SILVA, 2008, p. 767).

¹⁷ “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (Miglustat). Fármaco registrado na ANVISA.

Desse fato, contudo, não se extrai que o indivíduo enfermo tenha direito a exigir do SUS a terapia mais avançada para seu quadro clínico e/ou que lhe seja mais cômoda.

Atuando em um quadro de permanente escassez, é dever do Estado alocar os recursos públicos da forma mais eficiente possível, atendendo às necessidades prementes das pessoas, de modo que estas obtenham do SUS o que for indispensável e bastante para superação da patologia que lhes acomete.

O que exceder a tal patamar mínimo escapa ao dever inculcado no art. 196 da CR, podendo ser buscado pelos interessados na rede privada, pagando-se o preço correspondente.

2.1.1.2. Os serviços públicos de saúde prestados pelo Estado devem ser necessariamente gratuitos?

Apesar da posição adotada por parte de importante doutrina (DI PIETRO, 2011, p. 228), entendemos que a **universalidade** e a **isonomia** na prestação de serviços públicos de saúde não implicam automaticamente sua gratuidade.

Universalidade significa que tal prestação deverá ser acessível a todos, sendo que isonomia no atendimento não pode se resumir a uma perspectiva meramente formal, devendo ser analisada também sob o prisma material, ou seja: aos desiguais, cabe tratamento diferenciado na medida de sua desigualdade.

Só o fato de um serviço ser essencial à realização de direitos fundamentais não autoriza concluir pela impossibilidade de cobrança pela sua fruição, aliás como se faz com o fornecimento de água e luz.

Logo, o fundamental para saber se haverá a cobrança por atendimentos prestados pelo SUS é a aferição da capacidade contributiva do usuário (JUSTEN FILHO, 2010, p. 578)¹⁸.

Destacamos passagem da reflexão de Ingo Wolfgang Sarlet sobre o tema:

O simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma

*Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF - Tribunal Pleno - Min. Rel. Gilmar Mendes - Suspensão de Segurança - STA n. 175 AgR - Ceará - data do julgamento 17/03/10). Para comentários sobre a importância desse julgamento no posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o significado do dever do Estado quanto à garantia do direito à saúde dos cidadãos, ver a crítica de GOUVEA, Carlos Portugal. *Direitos sociais contra os pobres*, disponível em: <<http://www.law.yale.edu>>, acesso em 17 maio 2015, 23h15.*

¹⁸ Anoto que, a prevalecer a ideia de que os serviços públicos de saúde podem ser cobrados daqueles que possuam condições financeiras bastantes ou planos de saúde, efetivamente ampliando o acesso dos hipossuficientes a um sistema que, o quanto possível, garanta o acesso do enfermo a um tratamento apto a assegurar a restauração do seu estado de higidez física/mental, vai ao encontro da própria razão de ser da previsão de direitos sociais em cartas políticas (a saber, garantir um mínimo de igualdade material entre os cidadãos, sem o que não há efetiva liberdade), neutralizando parte das críticas de importante doutrina à jurisprudência prevalecente em nosso país sobre o tema. Apontando os riscos da judicialização da saúde favorecer indevidamente os extratos mais abastados da nossa sociedade, ver GOUVEA, Carlos Portugal, *Direitos sociais contra os pobres*, disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Gouvea_CV_Port_20110514.pdf>, acesso em: 17 maio 2015, 23h15. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais e “reserva do possível”*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 349/371; SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded? *Law & Social Inquiry*, v. 36, issue 4, p. 825-853, 2011.

sociedade acentuadamente desigual e onde a maioria da população se encontra na faixa isenta de imposto sobre a renda. Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade e da proporcionalidade. Assim, a conexão entre o princípio da isonomia (que impõe um tratamento desigual aos desiguais) - compreendido, por óbvio, na sua perspectiva substancial - e o princípio da proporcionalidade, operante não apenas pelo prisma do Estado e da sociedade, mas também pelo prisma do indivíduo (no sentido daquilo que este pode esperar do Estado), revela que no mínimo o tema da gratuidade do acesso à saúde (que não constitui regra no direito comparado) merece ser cada vez mais discutido, como de resto vem ocorrendo em parte da doutrina e até mesmo na esfera jurisprudencial (SARLET, 2012, p. 579/580).

Note-se que não só esse entendimento é o que mais se coaduna com a otimização das restritas verbas orçamentárias à disposição do erário, como o pensamento diverso, inclusive se exigindo do Poder Público toda e qualquer prestação em matéria de saúde, tenderia a tornar sem sentido qualquer iniciativa privada em tal seara.

Afinal de contas, se qualquer um, com base exclusivamente no art. 196 da Constituição, pudesse simplesmente recorrer a uma repartição para obtenção dos mais variados fármacos e terapias, todos de última geração, não faria qualquer sentido se contratar um seguro privado de saúde ou hospital particular.

Em tempo a jurisprudência começa a sopesar a incongruência em se permitir o acesso irrestrito ao SUS por parte daqueles que têm condição de garantir seu direito à saúde por meios próprios.

A respeito, confira-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM OS CUSTOS DO REMÉDIO NÃO COMPROVADA. ACÓRDÃO EMBASADO EM PREMISSAS FÁTICAS. REVISÃO. SÚMULA 07/STJ. I - O Tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou não se tratar de pessoa carente, ressaltando suficientes condições financeiras do enfermo para a aquisição do medicamento, porquanto possui expressivo patrimônio. II - Rever o acórdão recorrido, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, quanto à necessidade de intervenção do Estado para garantir a sobrevivência do Recorrente, ora Agravado, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 07 desta Corte, assim enunciada. III - Agravo regimental Provido (STJ - 1ª Turma - Min. Rel. Regina Helena Costa - AgRg no Agravo em Resp nº 522.657 - RS - data do julgamento 06/11/14).

Nada obstante, insista-se, não há como se admitir que a Administração singelamente se escuse de seu dever de garantir tal serviço com base em uma suposta liberdade para organizá-lo, independentemente do que for atestado, em um caso concreto, como necessário para recuperação de um paciente.

E neste ponto nos parece especialmente contraditório, para não dizer imoral, que o Poder Público sistematicamente recuse o atendimento a receitas subscritas por médicos do próprio Sistema Único de Saúde, que afirmem a imprescindibilidade de determinado tratamento para preservação da saúde de um indivíduo.

3. Conclusão

A vinculação da Administração à Constituição é uma realidade entre nós, fruto de um progresso histórico experimentado por diversas democracias ocidentais no sentido da construção de organizações políticas cuja legitimidade e fundamento se encontre na preservação dos direitos dos cidadãos.

A disciplina constitucional de deveres a serem perseguidos pela função administrativa implica sua adstrição a textos de menor densidade normativa, como princípios e regras pouco precisas, a merecerem desdobramentos legais e regulamentares que, contudo, devem observar as diretrizes que lhe são impostas pela Lei maior.

A tradicional concepção do princípio da legalidade aplicável ao Estado liberal (legalidade estrita como restrição da autoridade) não é mais suficiente para disciplinar as múltiplas missões atribuídas à organização política pela Constituição do Estado social.

Para a nova dimensão do Poder Público a lei parlamentar é uma pauta imprescindível mas não suficiente para reger sua intervenção nos mais variados setores da vida social e econômica.

A sujeição da Administração à juridicidade (lei e Direito) traz novos desafios para o jurista e para os gestores do bem comum.

No âmbito do direito à saúde, ponto sobre o qual nos debruçamos neste estudo, observa-se uma clara imposição da ordem jurídica ao Estado em termos sensivelmente mais amplos dos deveres que lhe são determinados exclusivamente pela fonte legal.

A adequada organização de tal serviço, contudo, não pode se dar exclusivamente com base em fórmulas abstratas previstas na Lei Fundamental (e/ou em atos normativos legais e infralegais), sem que se considere as reais necessidades dos cidadãos que buscam a tutela de sua integridade física e psíquica perante o SUS.

Por outro lado, não se pode olvidar que as verbas orçamentárias são por definição escassas e que, previsivelmente, uma atividade prestacional oferecida a todos e de forma gratuita dificilmente chegará ao mesmo patamar de qualidade de uma análoga oferecida por agentes privados no mercado, mediante elevada remuneração.

Sem prejuízo, em um Estado de Direito não se pode admitir posturas arbitrárias das autoridades públicas, que não raramente se limitam a ofertar respostas padrão a pleitos de medicamentos/tratamentos que lhe são feitos, buscando legitimidade na sua atuação em normas regulamentares completamente dissociadas das situações concretas que reclamam sua intervenção.

O direito à saúde é mais do que isso; mas, para ser efetivamente garantido como serviço que atenda satisfatoriamente a toda a população, necessariamente deve ser menos do que alguns, inspirados em uma leitura romântica do art. 196 da CR, dele esperam.

Bibliografia

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

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*. 9. ed. Paris: PUF, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e da discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 175-196.

_____. *Parcerias na administração pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: La Mémoire du Droit, 1999. (reprodução de edição de 1913).

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado – contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2009.

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A constitucionalização do direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 267-277.

GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos – o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de leis. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 367-374.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1993. vol. 1.

GOUVEA, Carlos Portugal. *Direitos sociais contra os pobres*. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu>>. Acesso em: 17 maio 2015, 23h15.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

LUCCA, Newton de. Ética na saúde – conflito de interesses – dupla militância – leis Stark. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 399-425.

MACHETE, Rui. O direito administrativo português no último quartel do século XX e nos primeiros anos do século XXI. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de (Coord.). *O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 205-225.

MANCIBO, Luis Villacorta. *El pleno sometimiento a la constitución y al resto de ordenamiento jurídico en la aplicación judicial*. Madrid: Dykinson, 2004.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. In: *Revista do Advogado*, n. 107, dez. 2009 - B. p. 74-82.

_____. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011. p. 89-113
MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 18. ed., São Paulo: RT, 2014.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007. (reimpressão de edição de 2003).

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría Pastor. *Principios de derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Ramón Areces, 2000. vol. I.

PINTO, Élda Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação – uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Direito à saúde: multifuncionalidade e consequências jurídicas de sua aplicabilidade imediata. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2014. p. 951-966.

ROSANVALLON, Pierre. *La légitimité démocratique – impartialité, réflexivité, proximité*. Paris: Édition du Seuil, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, p. 13-50.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded? In: *Law & Social Inquiry*, v. 36, issue 4, p. 825-853, 2011.

SURYAN, Jacqueline. O direito à saúde no direito comparado. Do Brasil ao mundo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 86, São Paulo, jan./mar. 2014. p. 39-71.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 349-371.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia*. Tradução (do italiano para o espanhol) Marina Gascón. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.