

A FORÇA NORMATIVA DAS DIRETRIZES DO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE SOBRE A EC N. 29/2000

Marcílio Toscano Franca Filho
Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca

RESUMO

Afirmam que, de modo a alcançar o piso constitucional dos investimentos em saúde, determinado pela Emenda Constitucional n. 29/2000, muitas autoridades públicas têm pretendido contabilizar em favor daqueles gastos as despesas relativas ao saneamento básico e à limpeza pública.

Explicam que, contrariando expressamente tal pretensão, há uma resolução do Conselho Nacional de Saúde, a de n. 322, cujas diretrizes, ao imporem limitações à aplicação da referida Emenda, procuram apenas preservar o caráter finalístico das despesas com saúde.

Demonstram a natureza jurídico-normativa das diretrizes do CNS e, para tanto, sublinham tanto a paralegalidade de algumas normatizações administrativas vinculantes como a fundamentalidade do direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; Conselho Nacional de Saúde - diretriz; norma, Resolução n. 322/2003; saúde - gasto; investimento; Direito fundamental; Emenda Constitucional n. 29/2000; *soft law*.

A fim de alcançar o piso constitucional dos investimentos em saúde, determinado pela Emenda Constitucional n. 29/2000¹, muitos ordenadores de despesa municipais e estaduais têm pretendido contabilizar em favor do cômputo daqueles gastos as despesas relativas ao saneamento básico e à limpeza pública e recolha de resíduos sólidos urbanos (lixo). Contrariando expressamente tal pretensão, há uma resolução específica do Conselho Nacional de Saúde, um órgão de extração constitucional (art. 77, § 3º, ADCT/88), integrante da estrutura básica do Ministério da Saúde e auxiliar à normatização, formulação e execução de políticas públicas de saúde no País. Inúmeros prefeitos, governadores e secretários municipais e estaduais têm alegado que tal resolução do Conselho Nacional de Saúde não é juridicamente vinculante ou não lhes é aplicável, basicamente, em virtude da autonomia constitucionalmente assegurada aos entes federativos ou em razão da inexistência de uma lei formal a regular a matéria. Ao assim procederem, essas autoridades tentam alcançar, com menos esforços, os patamares mínimos de gastos públicos em saúde que passaram a ser exigidos pela Emenda Constitucional n. 29/2000.

O surgimento do Conselho Nacional de Saúde remonta à Lei n. 378, de 13 de janeiro de 1937, que, ao dar nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública, criou esse órgão colegiado com a atribuição de "assistir" tecnicamente o Ministério, juntamente com o Conselho Nacional de Educação, ambos na qualidade de "órgãos de cooperação" (art. 67). Em 1990, o Conselho Nacional de Saúde ganhou renovada fisionomia institucional pela edição do Decreto n. 99.438, de 7 de agosto de 1990, que dispôs sobre sua organização e competências. Logo a seguir, a Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, clarificou suas atribuições por meio do seguinte dispositivo: § 2º *O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder le-*

galmente constituído em cada esfera do governo.

Na esteira de tais competências, a Resolução n. 322, de 8 de maio de 2003, do Conselho Nacional de Saúde, assim dispôs:

O Plenário do Conselho Nacional de Saúde, em sua centésima trigésima reunião Ordinária, realizada nos dias 7 e 8 de maio de 2003, (...) RESOLVE:

I - Aprovar as seguintes diretrizes acerca da aplicação da Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000: (...)

DAS AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

QUINTA DIRETRIZ: Para efeito da aplicação da Emenda Constitucional n. 29, consideram-se despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas com pessoal ativo e outras despesas de custeio e de capital, financiadas pelas três esferas de governo, conforme o disposto nos arts. 196 e 198, § 2º, da Constituição Federal e na Lei n. 8080/90, relacionadas a programas finalísticos e de apoio, inclusive administrativos, que atendam, simultaneamente, aos seguintes critérios:

I – sejam destinadas às ações e serviços de acesso universal, igualitário e gratuito;

II – estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos planos de saúde de cada ente federativo;

III – sejam de responsabilidade específica do setor de saúde, não se confundindo com despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que com reflexos sobre as condições de saúde. (...)

SÉTIMA DIRETRIZ: Em conformidade com o disposto na Lei n. 8.080/90, com os critérios da Quinta Diretriz e para efeito da aplicação da EC n. 29, não são consideradas como despesas com ações e serviços públicos de saúde as relativas a:

I – pagamento de aposentadorias e pensões;

II - assistência à saúde que não atenda ao princípio da universalidade (clientela fechada);

III - merenda escolar;

IV - saneamento básico, mesmo o previsto no inc. XII da Sexta Diretriz, realizado com recursos provenientes de taxas ou tarifas e do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, ainda que excepcionalmente executado pelo Ministério da Saúde, pela Secretaria de Saúde ou por entes a ela vinculados;

V - limpeza urbana e remoção de resíduos sólidos (lixo);

VI - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes federativos e por entidades não-governamentais;

VII – ações de assistência social não vinculadas diretamente à execução das ações e serviços referidos na Sexta Diretriz e não promovidas pelos órgãos de Saúde do SUS;

VIII – ações e serviços públicos de saúde custeadas com recursos que não os especificados na base de cálculo definida na primeira diretriz².

A respeito dessas limitações impostas pela Resolução n. 322 do Conselho Nacional de Saúde à aplicação da EC n. 29/2000, as questões centrais a serem desenvolvidas ao longo deste texto são as seguintes: estão as prefeituras e governos estaduais obrigados a cumprir as diretrizes expedidas pelo Conselho Nacional de Saúde? Qual a natureza dessas diretrizes? A autonomia municipal e estadual e o princípio da legalidade formal autorizam os entes federativos a desconhecer aquelas normas?

2 DIRETRIZES NO DIREITO COMPARADO E *SOFT LAW*

Antes de mais, é preciso destacar a natureza jurídica das diretrizes emanadas do Conselho Nacional de Saúde, a partir de uma incursão no Direito comparado³. Na verdade, as diretrizes não constituem uma figura jurídica recente nem tampouco uma exclusividade do Conselho Nacional de Saúde. Desde o princípio do século XX, noções peculiares de diretriz (também chamadas de "diretivas") vêm sendo aplicadas pela doutrina do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito Econômico e do Direito Civil em sistemas jurídicos tão distintos quanto o alemão, o francês ou o italiano. Em qualquer dessas ocorrências, porém, a própria origem semântica do termo "diretriz" já indica, de partida, as possibilidades de seu emprego e utilização no plano do Direito: *a palavra diretriz é um substantivo derivado, segundo o Dicionário Georges-Calonghi, do radical latino 'dis-rego' comum ao verbo 'dirigo' (dirigir, endereçar) e a outros substantivos como 'director', 'directio', de significado evidente*⁴.

Como categoria juridicamente definida, a diretriz nasceu sendo "di-

retriz da política" (*Richtlinie der Politik*) no seio do Direito Constitucional alemão. É na Constituição de Weimar, de 1919, cujo art. 56 atribuía ao chanceler a competência para fixação das diretrizes políticas do *Reich*, a serem concretizadas pelos seus ministros, que se encontra a primeira manifestação positiva dessa figura jurídica⁵. Na ordem constitucional inaugurada com a nova Lei Fundamental, em 1949, tanto a "competência diretiva" (*Richtlinienkompetenz*) do Chanceler Federal alemão como a margem de atuação discricionária dos ministros federais, limitada pelas diretrizes políticas dadas pelo *Bundeskanzler*, foram preservadas pelo art. 65 da Constituição germânica do pós-guerra⁶. A partir dessas primeiras manifestações de ordem político-constitucional, as diretrizes invadem, paulatinamente, diversas outras zonas de aplicação.

Para além das diretrizes políticas alemãs, também no campo do Direito Privado as diretrizes encontraram ampla utilidade e mereceram expressa referência, entre outros, no Código Civil italiano, em seus arts. 861, 2147, 2167 e 2174, por exemplo⁷. É, ademais, do Direito italiano que advêm numerosos exemplos de utilização de diretrizes como instrumento da intervenção do Estado na economia, as chamadas "*directive economiche*"⁸, já agora numa perspectiva de manifestação e instrumento do Poder Hierárquico do órgão ou entidade de onde emana a diretiva em relação ao seu destinatário. Também foi na arena das medidas de direção econômica que CANOTILHO⁹, há tempos, indicou a existência das diretrizes em um problemático lugar algures entre a norma jurídica e o ato jurídico¹⁰.

Na seara do Direito Administrativo, conforme assinalam BOULOUIS¹¹, CAPELLI¹² e SCIULLO¹³, coube ao Professor MAURICE HAURIOU, no ano de 1925, manifestar uma das primeiras teorias dogmáticas conhecidas acerca dessas disposições normativas ao se pronunciar sobre o acórdão *Association amicale du personnel de la Banque de France* do *Conseil d'État* francês, no qual uma diretiva administrativa do Banco Central da França era questionada. Nesses primeiros anos de desenvolvimento e amadurecimento doutrinário, a diretiva (ou diretiva) representava um ato administrativo interno que continha *um embrião de regra jurídica*¹⁴ com a finalidade de autolimitar um poder discricionário por meio de uma declaração de intenções – *une règle que le pouvoir s'impose à*

(...) para efeito da aplicação da Emenda Constitucional n. 29/2000, devem ser considerados os gastos que sejam de responsabilidade específica do setor de saúde, não se confundindo com despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, com reflexos sobre as condições de saúde. A limpeza pública e o saneamento básico certamente têm repercussão na saúde pública, mas apenas de maneira indireta ou reflexa.

*lui même*¹⁵. Em que pese a inexistência de expressas referências legislativas ou regulamentares ao termo "diretriz", a partir de então, não foram raras as oportunidades em que se pôde constatar, na Administração ou na jurisprudência administrativa francesas, menções às diretrizes nos mais distintos campos de aplicação: ordenação urbanística do território, emanações do Ministro da Defesa aos comandos militares regionais, estabelecimento de medidas sociais relativas a habitações, deliberações da comissão interministerial de tarifas, disciplinamento do pagamento de indenizações por viagens de servidores públicos etc¹⁶. Atualmente, para a dogmática jus-administrativista francesa, as diretrizes compõem, ao lado das circulares, aquela espécie de atos denominada genericamente de "atos unilaterais não-decisórios" (*actes unilatéraux non décisaires*), cuja função principal é preparar ou moldar a posterior tomada de decisão pela autoridade administrativa, sempre no intuito de harmonizar, organizar e racionalizar o agir administrativo, evitando contradições ou discriminações involuntárias¹⁷.

Traço comum a todas essas diretivas políticas, civilísticas, econômicas ou administrativas é o fato de se destinarem a orientar a ação dos seus destinatários, deixando-lhes, porém, a responsabilidade pela execução dos atos. Desse modo, pode-

se entender que a diretiva é um fenômeno heterônomo e apenas se concretiza por intermédio de outras medidas, de autoria de seus destinatários¹⁸. Na maior parte dos casos, as diretrizes previstas nos ordenamentos jurídicos nacionais enquadram-se no modelo jurídico-normativo que o filósofo NORBERTO BOBBIO chamou de "normas diretivas", ou seja, "aquelas normas que impõem ao destinatário a obrigação, não de respeitá-las, mas de as ter presentes, delas se desviando apenas com base numa justificação fundamentada"¹⁹. Nesse mesmo sentido, RENÉ CHAPUS²⁰ menciona que, ao contrário dos *règlements* do Direito Administrativo francês, as diretrizes não decidem, apenas orientam, de modo que a diretiva não priva definitivamente a autoridade administrativa de sua liberdade de apreciação das circunstâncias do caso concreto, todavia, ausentes quaisquer motivos superiores de interesse geral, a autoridade pública deve curvar-se à orientação definida pela diretiva administrativa e não pode negar-se a dar-lhe cumprimento. Em outras palavras, uma diretiva só pode ser derogada sob especialíssimas condições, derivadas *do interesse geral ou de características particulares do caso concreto*²¹. Desse fato resulta que as diretrizes administrativas são tão oponíveis pela Administração aos seus administrados quanto são exigíveis pelos administrados à sua Administração²². Dito de outra maneira, isso significa que as diretrizes têm juridicidade suficiente para servir de fundamento aos controles externos (judiciais, administrativos e sociais) da Administração Pública.

É com esse mesmo perfil indicativo, vinculante e finalístico que as diretrizes do Conselho Nacional de Saúde não de ingressar nos ordenamentos jurídicos estadual e municipal como normas jurídico-programáticas válidas, mas com as nuances próprias de um *soft law*. Ou seja, as diretrizes do Conselho Nacional de Saúde configuram um marco jurídico-regulatório orientador, entretanto de natureza paralegal, desviante da lei em sentido estrito.

Não é surpresa constatar que nem todo Direito está reduzido à lei – a supervalorização contemporânea de princípios constitucionais e a crescente importância dos regulamentos técnicos para o disciplinamento da vida cotidiana apenas reafirmam que o fenômeno jurídico transcende a letra da lei e a legalidade formal. A idéia de que o Direito não cabe na lei não é

nova. Com efeito, a Lei Fundamental alemã, de 1949, já estabelece no seu art. 20, § 3º, que o *Poder Legislativo* (die Gesetzgebung) está vinculado à ordem constitucional; os Poderes Executivo (die vollziehende Gewalt) e Judiciário (die Rechtsprechung) obedecem à Lei e ao Direito. De modo muito semelhante, também a Constituição espanhola, de 1978, no seu art. 103.1, afirma que a Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com obediência absoluta à Lei e ao Direito. A distinção entre lei e Direito é clara em ambos os dispositivos constitucionais, o que autoriza inferir que o “princípio da legalidade” cede crescentes espaços a um “princípio da juridicidade” – maior, mais legítimo e mais eficaz.

A adjetivação do Direito como *soft* (*soft law*) não tem o condão de retirar-lhe a natureza jurídico-normativa; apenas indica que se trata de um Direito diferente (*soft*), mas ainda assim Direito²³. O Prof. HARTMUT HILLGENBERG²⁴ elenca algumas razões por que pode ser evitado o *hard law* em certas ocasiões, a saber: necessidade de estimular posteriores desenvolvimentos ainda em progresso; criação de regimes mais flexíveis a serem desenvolvidos em estágios; necessidade de coordenar legislações diversas; preocupação de que as relações jurídico-políticas serão sobrecarregadas por um Direito *hard*, com o risco de colapso e deterioração nas relações estabelecidas; procedimentos mais simples e negociações mais informais. É por fim, uma forma de evitar o embaraçoso processo de aprovação legislativa. Todos esses argumentos podem legitimamente ser empregados quando se lista as inúmeras atribuições e implicações do Conselho Nacional de Saúde.

3 O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE E A MÁXIMA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

O Conselho Nacional de Saúde é um órgão público federal, vinculado ao Ministério da Saúde e dotado de inquestionável legitimidade em matéria de decisões relativas à saúde. Do seu plenário fazem parte representantes dos Conselhos Nacionais de Secretários Estaduais e Municipais de Saúde (CONASEMS e CONASS), além de muitos outros órgãos e entidades da sociedade civil

e do Estado²⁵. As diretrizes que o Conselho propôs para a implementação e avaliação das ações e serviços públicos de saúde procuraram apenas preservar o caráter diretamente finalístico das despesas com saúde: para efeito da aplicação da Emenda Constitucional n. 29/2000, devem ser considerados os gastos que sejam de responsabilidade específica do setor de saúde, não se confundindo com despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, com reflexos sobre as condições de saúde. A limpeza pública e o saneamento básico certamente têm repercussão na saúde pública, mas apenas de maneira indireta ou reflexa. Ademais, dispõem de financiamento próprio, mediante a taxa de lixo e a taxa de esgoto. Assim, com fundamento em Norberto BOBBIO e CHAPUS, não parece razoável o ente federativo desviar-se das diretrizes legítima e nacionalmente estabelecidas já que não há nenhuma justificção fundamentada para tanto. Não parece acertado tentar substituir decisão plenária de um Conselho Nacional sobre políticas de saúde pelo ato discricionário de um único Prefeito Municipal ou Governador de Estado que pretende, na verdade, diminuir ou escamotear os condicionamentos constitucionais do orçamento público²⁶.

Como se isso tudo não bastasse, a interpretação pretendida por muitas prefeituras e governos estaduais não é adequada ao princípio da máxima efetividade, próprio da hermenêutica constitucional contemporânea. Segundo esse princípio, na interpretação das normas da Constituição, deve-se-lhes atribuir o sentido que lhes empreste maior eficácia. O princípio da máxima efetividade significa o abandono da hermenêutica tradicional, ao reconhecer a super-normatividade dos princípios e valores constitucionais, principalmente em sede de direitos fundamentais – como, *in casu*, o direito fundamental à saúde²⁷. Em resumo, como bem ensina CANOTILHO, *no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais*²⁸. A interpretação restritiva da Emenda Constitucional n. 29, dada pelas diretrizes do Conselho Nacional de Saúde, garantem e maximizam o caráter diretamente finalístico das despesas com saúde, aumentando assim a eficácia social dos gastos realizados pelo Poder Público.

4 CONCLUSÃO

O direito à saúde é um direito fundamental e, como já ressaltado alhures²⁹, os direitos fundamentais, após a Constituição de 1988, passaram a ocupar uma posição privilegiada na Ciência do Direito brasileira, sobretudo por influência do constitucionalismo alemão (ROBERT ALEXY) e lusitano (GOMES CANOTILHO). Aos direitos fundamentais foi reconhecida uma efetiva força jurídica e não apenas moral, simbólica, programática ou política. A hermenêutica constitucional contemporânea, trilhando verdadeira “revolução copernicana”, consolidou a visão de que não são os direitos fundamentais que giram em torno da lei, mas é verdadeiramente a lei que gira em torno dos direitos fundamentais. Significa isso que a densificação e expansão dos direitos fundamentais deve ser buscada mesmo *contra legem* ou *praeter legem*. Afinal, como diz o mestre CANOTILHO, *a interpretação da Constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais*. Nesse sentido, qualquer ação do Poder Público ofensiva à maximização do direito à saúde é, em princípio, inconstitucional. Assim, a mais estreita vinculação constitucional da receita orçamentária dos entes federativos para com os gastos em ações e serviços diretos de saúde apenas representa um importante avanço no campo das garantias materiais do direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS

- 1 A Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000, altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Com tais alterações, a Emenda vincula recursos orçamentários da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal ao financiamento obrigatório de ações e serviços públicos de saúde.
- 2 Em 22 de setembro de 2003, o Governo do Estado do Rio de Janeiro ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 2999) contra a Resolução n. 322/03 do Conselho Nacional de Saúde. O Estado alegou violação aos arts. 198, 24, 23, 196 e 200 da Constituição Federal, e ao art. n. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Segundo o governo fluminense, a resolução dispõe sobre matérias que a Constituição reserva à lei complementar. Setenta e cinco entidades ligadas à saúde ou a movimentos sociais ofereceram razões em defesa das competências do CNS, na qualidade de *amicus curiae*. De acordo com o que informa o

- Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), um pedido de vista do Min. Marco Aurélio, no dia 16 de fevereiro de 2005, adiou o julgamento da ação depois que o Relator, o Min. Gilmar Mendes, votara no sentido de negar seguimento à ADIn, tendo sido acompanhado pelos Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso e Ellen Gracie.
- 3 Algumas das considerações lançadas a seguir, embora sob outro enfoque, já foram iniciadas em FRANCA FILHO, Márcio Toscano. As Diretivas comunitárias – elementos para uma teoria geral. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, n. 37, p. 7-26, out./dez. 2001.
 - 4 Trad. nossa de CAPELLI, Fausto. *Le Direttive Comunitarie*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 08, in verbis: *L'origine semantica del termine non si presta ad alcun equivoco. La parola 'direttiva' è un sostantivo ricavato, secondo il dizionario Georges-Calonghi, dalla radice latina 'dis-rego' comune al verbo 'dirigo' (dirigere, indirizzare) e ad altri sostantivi come 'director', 'directio', di significato evidente.*
 - 5 CAPELLI, op. cit., p. 14; SCIULLO, Girolamo. *La direttiva nell'ordinamento amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 35. O art. 56 da *Weimarer Reichsverfassung*, de 11 de agosto de 1919, ao mesmo tempo em que concedia ao chanceler uma “competência diretiva” (*Richtlinienkompetenz*) sobre o governo, dividia com todo o colegiado de ministros – o Gabinete – a responsabilidade política perante o parlamento (GUSY, Christoph. *Die Weimarer Reichsverfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 135; KRÖGER, Klaus. *Einführung in die Jüngere Deutsche Verfassungsgeschichte (1806-1933)*. München: C. H. Beck, 1988, p. 145). Aquele texto constitucional estatua *verbum ad verbum*: (1) *Der Reichskanzler bestimmt die Richtlinien der Politik und trägt dafür gegenüber dem Reichstag die Verantwortung. Innerhalb dieser Richtlinien leitet jeder Reichsminister den ihm anvertrauten Geschäftszweig selbständig und unter eigener Verantwortung gegenüber dem Reichstag (O Chanceler do Reich define as diretivas da política e por elas responde perante o Reichstag. No quadro dessas diretivas, cada Ministro do Reich conduz os negócios a ele confiados de modo independente e sob sua própria responsabilidade perante o Reichstag, segundo a nossa tradução).*
 - 6 *Der Bundeskanzler bestimmt die Richtlinien der Politik und trägt dafür die Verantwortung. Innerhalb dieser Richtlinien leitet jeder Bundesminister seinen Geschäftsbereich selbständig und unter eigener Verantwortung. (...) (O Chanceler Federal fixa as diretivas da política e assume a responsabilidade por elas. No âmbito dessas diretivas, cada Ministro Federal dirige o seu ministério de forma independente e sob a própria responsabilidade. (...))* – trad. nossa). Ainda na Alemanha contemporânea, é resguardada pelo seu Direito Administrativo a possibilidade de uma autoridade pública dirigir ordens ou comando administrativos a subordinados mediante a expedição de uma diretiva, *Richtlinie*, em alemão (MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Munique: C.H.Beck, 2000, p.604-605).
 - 7 SCIULLO, op. cit., p. 35.
 - 8 D'ALBERGO, Salvatore. Direttiva. In: AA.VV. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. 12, p. 609.
 - 9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974. p. 201-202.
 - 10 Na fronteira entre Direito e Economia, exemplos de “diretrizes” são utilizados também na União Européia, no MERCOSUL e na União Africana.
 - 11 BOULOUIS, Jean. Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques: les directives. In: WALINE, Marcel (avant-propos). *Recueil d'Études en Hommage a Charles Eisenmman*. Paris: Cujas, 1975. p. 191-203.
 - 12 CAPELLI, op. cit., p. 10.
 - 13 SCIULLO, op. cit., p. 01.
 - 14 HAURIOU, Maurice. Police Juridique et Fond du Droit. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. a. 25, n. 2, p. 264-312, abr./jun. 1926, p. 271. Nesse artigo, o Prof. Hauriou traça uma distinção entre as diretrizes francesas e os “standards” do ordenamento jurídico inglês.
 - 15 HAURIOU, Maurice, Comentários ao Acórdão *Association amicale du personnel de la Banque de France* do Conselho de Estado. *Recueil Général des Lois et des Arrêts (Rec. Sirey)*. 3^{ME} part, p. 33-37, 1925, p. 33.
 - 16 DELVOLLÉ, Pierre. La notion de directive. *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, p. 459-473, oct. 1974.
 - 17 CHAPUS, René. *Droit Administratif General. Tome 1*. Paris: Montchrestien, 2001, p. 511 e 519; CLIQUENNOIS, Martine. Que reste-t-il des directives? *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, n. 1, p. 3-14, jan. 1992.
 - 18 DELVOLLÉ, op. cit., p. 459-460.
 - 19 BOBBIO, Norberto. Norma. In: AA.VV.. *Enciclopédia Einaudi*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, v. 14, p. 104-137, 1989, p. 117.
 - 20 CHAPUS, op. cit., p. 520.
 - 21 CLIQUENNOIS, op. cit., p.6.
 - 22 CHAPUS, op. cit., p. 521.
 - 23 NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e Normas do Direito Internacional – Um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 26.
 - 24 HILLGENBERG, Hartmut. A fresh look at soft law. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 3, p. 499-515, 1999.
 - 25 Nos termos do art 1º do Decreto n. 4.699, de 19 de maio de 2003, o Conselho Nacional de Saúde, presidido pelo Ministro de Estado da Saúde, é integrado por quarenta membros titulares e tem a seguinte composição: (1) sete representantes de entidades nacionais de portadores de patologias e deficiências; (2) um de confederações nacionais de entidades religiosas; (3) dois de centrais sindicais; (4) um de entidades nacionais de aposentados e pensionistas; (5) um de entidades nacionais de trabalhadores rurais; (6) um de entidades nacionais de associações de moradores e movimentos comunitários; (7) um de entidades nacionais de empresários da indústria; (8) um de entidades nacionais de empresários do comércio; (9) um de entidades nacionais de empresários da agricultura; (10) um das sociedades nacionais para pesquisa científica; (11) um de entidades nacionais de organizações indígenas; (12) um de entidades nacionais de movimentos organizados de mulheres em saúde; (13) um de movimentos nacionais populares; (14) sete de entidades nacionais de trabalhadores em saúde; (15) dois da comunidade científica; (16) um de entidades nacionais dos médicos; (17) seis de gestores federais; (18) um do Conselho Nacional de Secretários de Saúde - CONASS; (19) um do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - CONASEMS; e finalmente (20) dois representantes de prestadores de serviços de saúde.
 - 26 É oportuno sublinhar que a Resolução n. 322/2003 do Conselho Nacional de Saúde foi precedida pela Portaria n. 2.047/02, do Ministério da Saúde, de idêntico conteúdo. Ao ser “chancelada”, a portaria ministerial adquiriu renovada legitimidade.
 - 27 Sobre a fundamentalidade do direito à saúde, ensina-nos o eminente Prof. Dr. INGO WOLFGANG SARLET: *A saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por esta razão, assim são designados) na nossa ordem constitucional. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao Direito Constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde) situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, § 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. A respeito de cada um destes elementos caracterizadores da assim denominada “fundamentalidade” formal, notadamente sobre o seu sentido e alcance, ainda teremos oportunidade de nos manifestar. Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que - dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana - parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários. Por tudo isso, não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece*

elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

- 28 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1208.
- 29 FRANCA FILHO, Márcilio Toscano. A Ilusão de Robin Hood: a conta única dos depósitos judiciais e os riscos sobre a ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 5, p. 61-67, jan./mar. 2004.

Artigo recebido em 21/3/2005.

ABSTRACT

The authors affirm that, with a view to achieving the constitutional minimum investment in health, established by the Constitutional Amendment n. 29/2000, many public authorities have tried to add to those expenses costs concerning basic sanitation and garbage collection.

They explain that, contrarily to such aim, there is a decision of the National Health Council, n. 322, whose guidelines, by imposing restraints to the application of the mentioned amendment, try to preserve the end purpose of health expenses.

Eventually, they demonstrate the juridical-normative nature of the National Health Council (CNS) guidelines, and to that effect, they highlight both the paralegality of some relating administrative rules and the fundamentals of the right to health.

KEYWORDS – Constitutional Law; National Health Council – guideline; rule; Decision n. 322/2003; health – expense; investment; Fundamental Law; Constitutional Amendment n. 29/2000; soft law.

Márcilio Toscano Franca Filho é Mestre em Direito Econômico (UFPB) e Doutorando em Direito Comunitário (Universidade de Coimbra – Portugal); Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.

Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca é acadêmica de Direito (UNIPÊ – Centro Universitário de João Pessoa) e de Filosofia (UFPB).