

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ECONÔMICO E AMBIENTAL
CURSO DE MESTRADO**

ALINE MARIA HAGERS BOZO

**DIREITO SOCIAL À SAÚDE E A COMPETÊNCIA ORÇAMENTÁRIA DOS ENTES
FEDERADOS**

**CURITIBA
2013**

ALINE MARIA HAGERS BOZO

**DIREITO SOCIAL À SAÚDE E A COMPETÊNCIA ORÇAMENTÁRIA DOS ENTES
FEDERADOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração: Direito Econômico e Ambiental, da Escola de Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito Econômico e Ambiental.

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

**CURITIBA
2013**

ALINE MARIA HAGERS BOZO

**DIREITO SOCIAL À SAÚDE E A COMPETÊNCIA ORÇAMENTÁRIA DOS ENTES
FEDERADOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Área de concentração Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável, da Escola de Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito Econômico e Ambiental.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor 1 (Titulação e nome completo)
Instituição 1

Professor 2 (Titulação e nome completo)
Instituição 2

Professor 3 (Titulação e nome completo)
Instituição 3

Curitiba, de _____ de 2013.

Para todos os brasileiros que precisam utilizar o sistema único de saúde e para aqueles que se debruçam na tentativa de melhorar o sistema vigente.

AGRADECIMENTOS

A minha família, pela paciência no tempo que me dediquei à pesquisa para o trabalho. Ao meu esposo, que cuidou de afazeres secundários, deixando de dedicar-se aos seus próprios e que elucidou questões práticas da temática. Ao meu filho, que tão jovem, necessita muito da mãe, apenas três anos, me dizia quando a babá chegava: “Vá estudar mamãe!

Aos meus pais, em especial a minha mãe, que sempre foi minha professora da vida.

Ao professor orientador, Doutor Alvacir Alfredo Nicz, que teve toda paciência com minha ignorância, na ideia de ausência de conhecimento. Sempre solícito, disponível, professor e amigável.

Ao professor Doutor Carlos Frederico Marés e a professora Doutora Heline Sivini Ferreira, que entenderam, em momento peculiar, minhas inseguranças quanto ao caminho trilhado.

Ao professor Doutor Alexandre Carta Winter, pelos ensinamentos, amizade e respeito dedicado, sempre com um sorriso e palavras de incentivo.

À professora Doutora Kátia Kozicki nas orientações no estágio docente.

Ao professor Doutor Emerson Gabardo, que me auxiliou no redirecionamento do tema escolhido de dissertação e me forneceu ótimas sugestões bibliográficas.

A todos os professores do Programa de Mestrado da PUC-PR, que muito me ensinaram.

À minha amiga Mari Rocha, sempre presente.

Aos colegas de Mestrado, sempre presentes, uns ajudando aos outros no crescimento do conhecimento. Aos colegas do Doutorado, Arnaldo Rivas, Caroline Nogueira, e outros.

À secretaria do Programa de Mestrado, que muito me auxiliou todas as vezes que necessitei

A CAPES que me forneceu bolsa de estudos.

A todos que de qualquer maneira contribuíram na elaboração do trabalho.

“Democracia com fome, sem educação e saúde para a maioria, é uma concha vazia”.

Nelson Mandela

RESUMO

O direito à saúde como dever do Estado e direito de todos foi consolidado na Constituição Federal Brasileira de 1988 há vinte e quatro anos, quando pensou-se no Estado social de direito, que objetivava o bem-estar e a justiça social. No entanto, hodiernamente a saúde pública ainda não se apresenta isenta de conflitos quanto à definição anual de seu financiamento. Tal embate dificulta a organização e eficiência do Sistema Único de Saúde brasileiro. Este trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica, reconstrói sucintamente o caminho percorrido pela humanidade, da passagem do estado liberal para o estado democrático de direito, perpassando por alguns conceitos como: Estado, Federação e divisão de poderes até a chegada da Constituição Federal de 1988. Na tentativa de achar outras fontes de recursos, o Conselho Nacional de Saúde, juntamente com a Comissão de Seguridade Social da Câmara buscaram soluções, embora de caráter transitório, através da criação, em 1994, do Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira. Entre tanto, tal aporte serviu para que se reduzissem outras fontes compensatórias até a extinção do mencionado imposto. Ulteriormente, a aprovação da Emenda Constitucional 29/2000, que tem como intuito assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, não resolveu a problemática que se exhibe longe de uma solução. O Ministério da Saúde não tem alcançado formas de resolver vários impasses que prejudicam ainda mais a questão levantada, quais sejam: deixar de utilizar o orçamento da seguridade social para gerar superávit primário; definir quais são as ações e serviços de saúde; melhorar a gestão do Sistema Único de Saúde, com o intuito de evitar desperdícios; priorizar o que esse sistema irá financiar; e atender ao maior número de pessoas possível para que os cidadãos não necessitem recorrer ao judiciário todas as vezes que se sentirem prejudicados pela falta de prestação do Estado. Isso sem mencionar os fatos de que a população brasileira está envelhecendo e a estimativa de vida aumentando, crescendo proporcionalmente à procura por saúde, o que gera mais custos para o Estado. Portanto, de que forma o Estado conseguirá atender a toda essa demanda com qualidade e de maneira sustentável para as futuras gerações? Todas estas dissidências impossibilitam que a Saúde Pública atinja seu objetivo maior que é o de promover a saúde, tanto curativa como preventiva, de forma universal, gratuita e igualitária no território brasileiro, conforme preconiza a Constituição Federal Brasileira. Para tal, faz-se necessário o comprometimento de recursos orçamentários das três esferas de poder, com penalidades impostas ao ente federativo que o descumprir, para que a legislação não se torne “letra morta”.

Palavras-chave: ORÇAMENTO PÚBLICO. FINANCIAMENTO SUS. SAÚDE PÚBLICA. COMPETÊNCIA ORÇAMENTÁRIA. ENTES FEDERADOS.

ABSTRACT

The right to health as a duty of the State and right of every citizen has been consolidated in the 1988 Brazilian Federal Constitution twenty-four years ago, when the social State of right was thought, focusing on the well-being and social justice. However, today public health is not still free of conflicts regarding the definition of annual funding. Such clash complicates the organization and efficiency of the Unified Health System. This work, through bibliographical research, succinctly reconstructs the path taken by humanity, from the liberal state to the democratic state of right, taken into account some concepts such as: State, Federation, and division of powers until the arrival of the 1988 Federal Constitution. In an attempt to find other sources of funding, the National Health Council, along with the Social Security Committee sought solutions, though transitory, through the creation of the Provisional Tax on Financial Transactions in 1994. However, such contribution served to reduce other compensatory sources until the extinction of the mentioned tax. Subsequently, the approval of the Constitutional Amendment 29/2000, which has as its aim to ensure the minimum resources for the funding of public health actions and services, did not solve the problems which are far from a solution. The Ministry of Health has not achieved ways to resolve several deadlocks which hinder further the issue raised, namely: not to use the social security budget to generate a primary surplus; define actions and health services; improve the management of the Unified Health System, with the aim of avoiding waste; prioritize what that system will fund; and assist as many people as possible so that citizens do not have to resource to the courts every time they feel hampered by the lack of State provision. In addition, it is worth mentioning the facts that the Brazilian population is aging and the estimation of life is enhancing, growing in proportion to the demand for health, which generates more costs to the State. Therefore, how will the State be able to meet all this demands with quality and in a sustainable way for future generations? All these dissents make it impossible to Public Health reach its main objective which is to promote health, both as preventive and curative, in a universal way, free and egalitarian in the Brazilian territory, as stated by the Brazilian Federal Constitution. To this end, the commitment of budgetary resources from the three spheres of power is necessary, with penalties imposed to the federal body that breaks it, so that the legislation does not become a "dead letter".

Keywords: PUBLIC BUDGET. SUS FUNDING. PUBLIC HEALTH. BUDGETARY COMPETENCE. FEDERAL BODIES.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES E TABELAS

Quadro 1 – CPMF	p. 122
Tabela 1 – Orçamento Público	p. 90
Tabela 2 – Receita Tributária por Tributo e Competência – 2006 a 2010 – em % do PIB	p. 133
Tabela 3 – Número de Leitos Hospitalares por habitantes – IBGE – Leitos Públicos por mil habitantes segundo Unidade da Federação – Período 2009	p. 144

LISTA DE SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIn/ADIns	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AMB	Associação Médica Brasileira
ATB	Arrecadação Tributária Bruta
CAQi	Custo Aluno-Qualidade Inicial
CEAP	Centro de Educação e Assessoramento Popular
CIDE	Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico
CF	Constituição Federal Brasileira
CPMF	Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CONASS	Conselho Nacional de Secretarias de Saúde
CONAEMS	Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde
CNE	Conselho Nacional de Educação
CONOF/CD	Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CSS	Contribuição Social para a Saúde
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
FAT	Fundo de Amparo ao Trabalhador
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
FMS	Fundos Municipais de Saúde
FNS	Fundo Nacional de Saúde
FUNDAF	Fundo de Desenvolvimento e Administração da Arrecadação e Fiscalização
GM/MS	Gabinete do Ministro/Ministério da Saúde
IAP/IAPs	Instituto da Previdência
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IMPF	Imposto Provisório Sobre Movimentação Financeira
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IPTU	Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana
ISS	Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza
ITBI	Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis
ITCD	Imposto sobre Transmissão <i>Causa Mortis</i> e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LOS	Lei Orgânica da Saúde
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal

MS	Ministério da Saúde
NOB/ NOBs	Normas Operacionais Básicas
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PAS	Piso de Atenção Básica
PASEP	Programa de Formação do Patrimônio do funcionário Público ou (fundo de participação do servidor)
PEC/PECs	Proposta de Emenda à Constituição
PIASS	Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento
PIB	Produto Interno Bruto
PIS	Programa de Integração Social
PLP	Projeto de Lei Complementar
PNS	Plano de Saúde Nacional
PPA	Plano Plurianual
RAPS	Rede de Atenção Psicossocial
SPO/MS	Subsecretaria de Planejamento e Orçamento
STF	Supremo Tribunal Federal
STN	Secretaria do Tesouro Nacional
SOF	Secretaria do Orçamento Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
URSS	União da República Socialista Soviética

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	17
1.1 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO ABSOLUTISTA.....	17
1.1.1 Da Ruptura do Estado Absolutista para o Estado Liberal.....	20
1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	26
1.2.1 As Dimensões dos Direitos Fundamentais.....	26
1.2.2 Os Direitos Sociais e a Dignidade da Pessoa Humana.....	29
1.2.3 Os Direitos Sociais.....	31
1.2.4 O Direito Social à Saúde.....	35
1.3 O SISTEMA FEDERATIVO BRASILEIRO.....	38
1.3.1 Organização dos Entes Federados.....	46
1.3.2 Competência dos Entes Federados quanto à Saúde.....	49
1.4. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE À EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO ESTATAL.....	52
2 A QUESTÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO BRASILEIRO	59
2.1 REFLEXÕES ACERCA DAS DESPESAS PÚBLICAS.....	59
2.1.1 O Contínuo aumento nas despesas.....	64
2.2 RECEITAS PÚBLICAS.....	68
2.3 ORÇAMENTO PÚBLICO: CONCEITO, ASPECTOS, FUNÇÕES E PRINCÍPIOS BASILARES.....	72
2.3.1 Natureza Jurídica da Lei Orçamentária: formal ou material.....	82
2.3.2 As Técnicas Orçamentárias empregadas no Sistema Brasileiro.....	88
2.4 APONTAMENTOS PARA UM ORÇAMENTO PÚBLICO COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ORDENAMENTO PÁTRIO - ENFATIZANDO A “FUNÇÃO PLANEJAR”.....	92
2.4.1 Conceito e considerações referentes à “função planejar”.....	92
2.4.2 Políticas Públicas e o Orçamento: a importante função dos agentes públicos para a concretização do Estado Democrático e Social de Direito.....	95
3 CONSIDERAÇÕES REFERENTES AO DIREITO À SAÚDE EM SEU VIÉS ORÇAMENTÁRIO	101
3.1 ORGANIZAÇÕES SANITÁRIAS DESDE O “DESCOBRIMENTO”, CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE BRASILEIRO, SUA REGULAMENTAÇÃO E DESAFIOS PÓS-88.....	101

3.1.1 Panorama Geral da Saúde: Previsão Constitucional.....	108
3.2 A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: CONSTRUÇÕES LEGAIS.....	110
3.2.1 Lei n. 8.080 de 19 de Setembro de 1990.....	110
3.2.2 Participação da comunidade na gestão do SUS: Lei n. 8.142/90, as normas operacionais básicas e o repasse fundo a fundo.....	112
3.2.3 Políticas Públicas de Saúde após Constituição Federal de 1988 e os Programas de Governo.....	116
3.3. FINANCIAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E SUAS IMPLICAÇÕES.....	118
3.3.1 Apontamentos sobre o Orçamento pós-88 até a propositura da Emenda Constitucional n. 29/2000.....	118
3.3.2 A Emenda Constitucional n. 29/2000 e sua necessidade de complementação.....	124
3.3.3 Propostas de regulamentação do artigo 198, §3 da Constituição Federal de 1988.....	128
3.3.4 A tentativa frustrada de fixar base orçamentária para a saúde e a Lei Complementar n. 141/2012: O Obstáculo do Subfinanciamento Federal.....	130
3.3.5 Distribuição dos Recursos na área da saúde: repasses da União para Estados, Municípios e Distrito Federal.....	132
3.4 REFERENCIAL TEÓRICO IGUALDADE DISTRIBUTIVA.....	137
3.4.1 Definição do conceito de igualdade política conforme ensinamentos de Dworkin.....	136
3.4.2 Aplicação prática do conceito igualdade de recursos no Orçamento Público Brasileiro destinado a Saúde.....	142
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	146
REFERÊNCIAS.....	149

INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade, até a chegada aos dias atuais, passou por vários períodos de ruptura com antigos paradigmas. Referente a estes paradigmas pode ser citado a mudança de pensamento sobre a saúde, tanto de maneira individualizada como coletivizada. No Brasil resolveu-se criar um sistema, previsto na Constituição Federal de 1988, em que a saúde é dever do Estado e direito de todos, no entanto vive-se hodiernamente um impasse, de um lado os que apregoam ser a saúde dever do Estado e Direito de todos e de outro, os administrativistas que alegam não existir orçamento suficiente para desenvolver o preconizado pela Constituição Federal, que é, saúde eficaz para todos os brasileiros. Devido a discussão acima citada interessei-me pela temática, pensando em desenvolver um trabalho que fizesse análise da necessidade social versus a capacidade estatal.

Inicia-se o primeiro capítulo do presente trabalho dissertativo expondo, de forma breve, a ruptura do Estado Absolutista para o Estado Liberal, necessária devido ao descontentamento por parte da população aos mandos e desmandos dos Estados Absolutistas. Surge o “Estado de Direito” em que o poder estatal passa a ser limitado.

Demonstra-se que no Estado liberal tem-se a predominância do ideário de soberania popular, o que fez com que houvesse grandes progressos para a civilização, como o progresso econômico, a afirmação da liberdade humana, a supervalorização do indivíduo, pautado nas premissas de que o poder legal se apresenta sempre superior ao pessoal.

No entanto, posterior a 2ª Guerra Mundial, se altera um pouco o cenário, percebe-se que o liberalismo não dá conta de resolver os problemas sociais. O excesso de liberalidades alcançou contornos indesejados, aparecendo à figura do *Welfare State*. Momento em que o constitucionalismo liberal cede espaço para o constitucionalismo social. A supervalorização do indivíduo trouxe consequências graves à sociedade, deixou-se de lado o interesse no coletivo, sendo recuperado através da construção teórica que se pauta no bem estar social. Percebe-se a intervenção estatal nas atividades econômicas, regulando e subsidiando, mirando o interesse da maioria da população.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem demonstra a mudança de paradigma, conforme artigo 1º que menciona ser todo homem dotado de direitos como: padrão de vida digno capaz de garantir bem estar, inclusos alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, além dos serviços sociais indispensáveis. Antes o Estado era desejoso em assegurar a liberdade e a igualdade formal, agora visa a garantias e a igualdade material, objetiva

minimizar diferenças sociais. Para isso, faz uso das prestações positivas, que asseguram direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais apresentam várias dimensões. A primeira dimensão repercute os direitos relativos à liberdade, a não intervenção estatal, os chamados direitos negativos advindos do pensamento liberalista-burguês do séc. XVIII, em que estão inclusos os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Por sua vez, a segunda dimensão atenta às proposituras relacionadas às liberdades concretas, aos direitos sociais, os quais exigem prestações positivas por parte do Estado, prestacionais.

Nesse ponto aparece a problemática das políticas públicas, que compreendem todos os instrumentos de ação do governo. As políticas públicas estão presentes na proposta orçamentária, visto que o orçamento é onde está exposta a “decisão de gastar e em que gastar”, sendo manifestação clara de decisões políticas.

No segundo capítulo faz-se toda uma construção teórica referente ao orçamento público, como: 1 – despesas públicas; 2 – planejamento constitucional que abarca: Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orgânica Anual; 3 – princípios orçamentários; 4 – funções orçamentárias, quais sejam: alocativa, distributiva e estabilizadora; 5 – Natureza jurídica orçamentária; 6 – tipos de orçamento: tradicional, desempenho, base-zero e programa e, 7 – Planejamento orçamentário. Conforme Harada:

Vige entre nós a cultura de desprezo ao orçamento, apesar de, ironicamente, existir uma parafernália de regras e normas, algumas delas de natureza penal, objetivando a fiel execução orçamentária. O desvio na realização de gastos públicos costuma ocorrer por meio de seguintes expedientes: a) superestimação de receitas: Se no passado a inflação galopante tornava incompatível com a realidade o princípio da fixação de despesas, dando margem a que o agente público gastasse no setor de sua preferência, hoje, com a estabilidade do poder aquisitivo da moeda, a partir do advento do Plano Real, introduziu-se a prática da superestimação de receitas, de sorte a possibilitar gastar mais do que o tesouro comporta; b) Contingenciamento de despesas: Aparentemente, seu objetivo é a contenção de despesas mas, no fundo, não passa de um estratagema para gastar em outros setores que não os previstos no orçamento. É uma das formas de burlar a vontade popular no que diz respeito à autorização de despesas públicas; c) Anulação de valores empenhados: Já se tornou praxe a anulação de valores empenhados e não liquidados até o final do exercício. Esses valores são transformados em “restos a pagar” comprometendo o orçamento do ano seguinte, que terá de sofrer “cortes” para acomodar despesas que deveriam ter sido pagas com as dotações do orçamento anterior; d) Instituição de fundos: Ultimamente, incorporou-se ao elenco de práticas deletérias para o esvaziamento da peça orçamentária a criação do fundo, composto de partes do produto de arrecadação de impostos e contribuições, para atender objetivos genéricos, vagos e imprecisos.¹

¹ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 63 e 64.

No terceiro e último capítulo trata-se especificamente da problemática discutida na dissertação, qual seja, o orçamento público brasileiro para a área da saúde é suficiente? A quem compete, qual ente federado é responsável pela garantia constitucional prevista no art. 196, que diz ser a saúde direito de todos e dever do Estado? Ainda lembrando ser ela de caráter universalista, integralista e gratuito, nas funções, conforme Lei n. 8.080/1990 de promoção, proteção e recuperação da saúde.

A Constituição Federal de 1988 criou uma sistemática anteriormente jamais vista em território brasileiro, a qual instituiu a saúde pública como direito de todos e dever do Estado. Desta forma criou toda uma sistemática de ações positivas por parte do Estado que geram um enorme custo e pensamento quanto ao tamanho do Estado. Conforme palavras de Bacellar Filho² “...Um redimensionamento não só quantitativo (mais Estado ou menos Estado), mas também qualitativo (como o Estado deve agir e os fins a serem perseguidos). E aqui a discussão é profunda e as opiniões divergentes. Embora o problema adquira um panorama global, tem de ser pensado no contexto histórico brasileiro. [...]”

O art. 197 da Constituição federal cita que as ações e os serviços de saúde são de relevância pública. Na visão de Carvalho e Santos o signo relevância pública significa que o legislador desejava “Talvez enunciar a saúde como um estado de bem-estar prioritário, fora do qual o indivíduo não tem condições de gozar outras oportunidades proporcionadas pelo Estado, como educação...”³.

Se a saúde é de relevância pública, o início, a base para que os cidadãos possam bem viver e o país crescer, não seria ela o ponto principal da política estatal? Importa refletir que o Brasil é um país que apresenta sistema de saúde gratuito e universal, que sua população está envelhecendo e que o orçamento hoje se apresenta deficitário. Então, como fazer com que o sistema público brasileiro funcione corretamente e que a atividade econômica do Estado, por meio do orçamento público, atinja seus objetivos e seja sustentável? Essas questões são discutidas, sem a pretensão de exaustividade, e sim de um olhar direcionado e atento ao financiamento do sistema público de saúde e a todos os 190 milhões de brasileiros que possuem o direito constitucional de usufruí-lo.

² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 38.

³ CARVALHO, G. I. de; SANTOS, L. **Sistema Único de Saúde: comentários à lei orgânica da saúde (lei 8080/90 e Lei nº 8.142/90)**. 2ª Ed, atualizada e ampliada. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 287.

1 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Precisar o momento em que surge o Estado não parece ser tarefa simples, visto que, vários autores são consensuais ao afirmar que não há documentos os quais comprovem momentos pré-históricos da vida humana que possam levar a tal conclusão. Muitas são as razões para que não se possa explicar precisamente sobre o surgimento do Estado⁴, dentre elas a dinamicidade dos agrupamentos humanos, responsáveis pela origem da sociedade. Ocorre que “os fatos por eles produzidos em diversos pontos da face da terra, que tiveram relevo para o tema ora proposto, não aconteceram no mesmo instante, impossibilitando, assim, a indicação exata do momento e do local em que eclodiu o citado ente estatal”⁵.

1.1 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO ABSOLUTISTA

O termo "Estado" vem do latim *status*, e significa estar firme, no entanto, essa denominação nem sempre foi usada, passando a ser aceita somente a partir dos séculos XVI e XVII. Foi Maquiavel quem definitivamente introduziu a expressão na literatura científica. Assim, é certo que o nome Estado, indicando uma sociedade política só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores que não admitem a existência do Estado antes do século XVII. Para eles, entretanto, sua tese não se reduz a mera questão de nomenclatura, sendo mais importante o argumento de que o nome Estado só pode ser aplicado com propriedade à sociedade política dotada de certas características bem definidas.⁶

Bastos assim define o Estado:

O Estado – entendido portanto como uma forma específica da sociedade política – é resultado de uma longa evolução na maneira de organização do poder. (...) O Estado é a organização política sob a qual vive o homem moderno. Ele caracteriza-se por

⁴ “Determinar con exactitud en qué momento há tenido origem El Estado, es cosa imposible, no solo porque nuestros conocimientos sobre las fases prehistóricas de la vida humana son altamente defectuosa, sino también porque La formación Del Estado no se produce ex abrupto, sino a través de um proceso gradual. Añadase que, no obstante ciertas semejanzas fundamentales, este proceso no se cumple de manera idéntica respecto de todos los grupos sociales”. Conforme: VECCHIO, Giorgio Del. **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora, Saraiva, 1957, p. 119.

⁵ SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Elementos de teoria geral do Estado comunitário**: uma análise jurídica do fenômeno agregacional humano e da formação da Comunidade Europeia e seus reflexos em face da noção de Estado. Campinas: Interlex, 2000, p.47.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19º ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 43.

ser a resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente.⁷

No conceito de Chimenti *et al*, o Estado é pessoa jurídica cujos elementos básicos são a soberania, o povo (elemento humano), o território (base) e o governo (poder condutor). Para o referido autor, a sociedade organiza-se politicamente dentro de determinado espaço físico e sua finalidade é o bem-estar de todos.⁸

São vários os fatores que fizeram com que o Estado, como é conhecido atualmente, comumente definido através dos elementos acima citados, aparecesse. De acordo com Miranda, tal surgimento do Estado pode acontecer devido à: 1) necessidade de organização política, ou de situar no tempo e no espaço o Estado entre as organizações políticas historicamente conhecidas; 2) frequente transformação das organizações políticas em geral e das formas ou tipos de Estado em particular; 3) a conexão entre heterogeneidade e complexidade da sociedade e crescente diferenciação política; 4) a possibilidade de, em qualquer sociedade humana, emergir o Estado, desde que verificados certos pressupostos; correspondência entre formas de organização política, formas de civilização e formas jurídicas e também 5) a tradução no âmbito das ideias de Direito e das regras jurídicas do processo de formação de cada Estado em concreto.⁹

O Estado moderno surgiu quando o mundo feudal e as relações políticas, até então dominantes na Europa se desintegraram. No medievo, os senhores feudais detinham em suas mãos o controle sobre a maior parte das terras e de toda a sociedade e o poder existente se concentrava em um sistema político que se estabelecia em relações pessoais entre os senhores e os vassallos, sobre os quais o senhorio exercia toda forma de poder.

No entanto, revoltas sociais de camponeses, recusa ao pagamento de impostos feudais e o crescimento das cidades e do comércio apressaram a desagregação dos feudos e foram aos poucos minando esse tipo de dominação.

O Estado Absolutista, adotado em vários lugares da Europa, teve seu ápice na França, sob a égide do rei Luís XIV¹⁰. Nesse período, a concentração de poderes no Estado absolutista pôde ser sintetizada pela frase “O Estado sou eu!”¹¹. É dizer, teoricamente, que os

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 05-10.

⁸ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 175.

⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

¹⁰ TOMAZI, Nelson Dacio. **Sociologia**. Vol. único. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 97.

¹¹ “Com efeito, observava-se em quase toda a Europa continental, sobretudo em França, a fadiga resultante do poder político excessivo da monarquia absoluta, que pesava sobre todas as camadas sociais interpostas entre o

poderes se concentram por direito divino na pessoa do rei. Tudo que pertence a este Estado constitui o patrimônio do monarca, daí a expressão “Estado patrimonialista” cunhada por Weber. No Estado absolutista não se tem definido o que pertence à esfera pública ou a privada, ou seja, não se tem uma distinção entre o campo de atividade estatal e o campo dos indivíduos, visto que não há uma limitação ao poder real, tudo é dele e para ele. Exemplifica-se com o ocorrido em 1446, nos tempos do Rei Afonso V, em que “foi efetuada uma revisão e organização das leis do reino, seu autor dizia que “o rei tem seu poder das mãos de Deus e como seu vigário tenente (isto é, como delegado de Deus) é livre de toda lei humana”.¹²

Fleiner afirma que:

Na idade Média, fragmentado o poder, não havia formas estatais estruturadas pelo Direito. Mesmo à medida que os reis foram readquirindo seu poder em prejuízo dos senhores feudais, eles consideravam-se soberanos pela graça divina e encarregados de guiar o destino do povo a serviço de Deus. Toda atividade estatal se exercia em nome da divindade, e, portanto quem governava com deveres apenas perante Deus não tinha por que observar direitos humanos, nem se submeter a nenhum poder legal ou judicial.¹³

O período medieval é constituído por um ordenamento jurídico em que o príncipe é o centro da vida política e não a cidade. Miranda explica que neste contexto verificava-se a existência de privilégios concedidos com base na vontade pessoal do governante:

E porque não há uma relação geral e imediata entre o poder do Rei e os súditos, os direitos são a estes conferidos não enquanto tais, individualmente considerados, mas sim enquanto membros dos grupos em que se integram; são direitos em concreto e em particular, como expressão da situação de cada pessoa; direitos que se apresentam como privilégios, regalias, imunidades que uns têm e outros não, ou direitos institucionais, em vez de direitos atribuídos genericamente a todas as pessoas.¹⁴

monarca e a massa de súditos. Arrolavam essas camadas em seus efetivos a burguesia comercial e industrial ascendente, a par da nobreza, que por seu turno se repartia entre nobres submissos ao trono e escassa minoria de fidalgos inconformados com a rigidez e os abusos do sistema político vigente, já inclinado ao exercício de práticas semidespóticas. (...) Todos os pressupostos estavam formados pois na ordem social, política e econômica a fim de mudar o eixo do Estado moderno, da concepção doravante retrógrada de um rei que se confundia com o Estado no exercício do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica.” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1996.p 134-136).

¹² FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14ª ed. atual. e amp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012, p. 56.

¹³ FLEINER, Thomas. **O que são Direitos Humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003, p.27.

¹⁴ MIRANDA. Op. Cit. p. 31. Conforme esclarece Di Pietro: “para combater esse poder absoluto do príncipe, elaborou-se, em especial por doutrinadores alemães, a teoria do fisco, em consonância com a qual o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império. O primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência, aos tribunais; o segundo regia-se por formas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais”. Idem. Essa divisão, muito embora tenha

As divergências entre as classes sociais, principalmente a nobreza e o clero de um lado e o terceiro Estado¹⁵, em especial a burguesia, do outro, possibilitaram a manutenção do poder absoluto. O próprio rei incentivava a desunião entre as classes, o que fortalecia seu governo absoluto visto que equilibrava as forças sociais. Como os membros da sociedade brigavam entre si não possuíam forças suficientes para se sobrepor aos mandos e desmandos do monarca.

O absolutismo desempenhou um papel fundamental entre a passagem do feudalismo para o liberalismo, decaindo em épocas próprias e próximas em toda Europa devido às revoluções burguesas.

1.1.1 Da Ruptura do Estado Absolutista para o Estado Liberal

Com o advento do “Estado de Direito” o poder estatal passa a ser limitado e racionalizado. Desenvolvido no fim do século XVIII e início do XIX, está relacionado usualmente às revoluções Francesa e Americana, pilares das doutrinas liberais. Para o liberalismo há a necessidade do Estado em reconhecer os direitos individuais, mediante a proteção de cada indivíduo da intervenção Estatal, sendo seus valores primordiais o individualismo, a liberdade e a propriedade privada. Miranda¹⁶ leciona que nesse período há um realce das liberdades jurídicas do indivíduo, bem como a recusa da liberdade de associação, uma vez entendido que a associação reduz a liberdade; o desvio dos princípios democráticos, muito embora houvesse uma proclamação formal de democracia, o direito ao voto era restrito a uma parcela da sociedade.

O liberalismo lança-se como adversário da concentração do poder pelo Estado, mormente no que tange as atividades econômicas. Ao Estado Liberal não cabia à intervenção nas relações entre os indivíduos, mas a manutenção da segurança para que todos pudessem

submetido uma parcela da atividade do Estado às leis e aos Tribunais não teve o condão de limitar os poderes do príncipe, já que o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público poderia agir livremente, inexistindo qualquer limitação nas leis vigentes à época”.

¹⁵ Na França, séc. XVI, a população era formada pelo clero, nobreza e terceiro estado. O último era constituído na época por aproximadamente 19 milhões de pessoas que eram camponeses, artesãos e burgueses.

¹⁶ MIRANDA. Op. Cit. p. 31.

livremente desenvolver suas atividades. A conhecida fórmula do *laissez-faire, laissez-passer* bem expressa tal pensamento liberal.¹⁷

Politicamente, o Estado liberal se fundamenta na percepção intelectual de soberania popular, o que se evidencia nas constituições liberais, como a do Brasil, na qual em seu artigo 1º encontra-se: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”.

Dallari elenca alguns inevitáveis benefícios advindos do Estado Liberal, dentre eles o progresso econômico que resultou na Revolução Industrial; a liberdade humana, herança da supervalorização do indivíduo; e o desenvolvimento de técnicas de poder – o poder legal supera o poder pessoal.¹⁸

No entanto, para Barroso:

Das origens até os dias de hoje, a ideia de Constituição – e do papel que deve desempenhar – percorreu um longo e acidentado caminho. O constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para o constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social.¹⁹

A concepção liberal vai se desmoronando no final do século XIX e com a Primeira Guerra Mundial tem sua derrocada final. Isso ocorreu uma vez que se intensificou a concorrência entre as empresas e sucedeu-se também o desaparecimento das pequenas firmas, que faliam ou eram compradas pelas maiores. A concentração tomou grandes proporções e o capital ficou na mão de poucos, de maneira que a concorrência que antes era entre as empresas passou a ser entre países. Essa concorrência, que inicialmente era uma guerra de mercado, converteu-se em guerra de fato, em disputa entre os países, o que originou a Primeira Guerra Mundial.

No início do século XX, o Estado liberal não atendia mais a realidade e os interesses da burguesia e surgem neste contexto duas novas formas de organização estatal: O Estado fascista e o Estado Soviético.

¹⁷ TOMAZI. Op. Cit. p. 98

¹⁸ DALLARI. Op. Cit. p. 235.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva 2011, p.107.

O Estado fascista começa se organizar no início do século XX, inicialmente na Itália, em seguida na Alemanha e posteriormente, inúmeros países europeus aderiram a esta organização.

Em decorrência da primeira experiência socialista na Rússia, em 1917, nasce o Estado soviético. O Estado soviético ou marxista-leninista recebe esse nome por assentar e se inspirar nas premissas da Revolução Russa de 7 de novembro de 1917, revolução feita em nome de “todo o poder aos soviets” e em nome da ideologia marxista-leninista. Esse movimento procurava fazer frente às condições precárias de vida das classes trabalhadoras, sendo que as ideias socialistas já se faziam presentes em toda a Europa ²⁰.

O que diferenciava estas duas formas estatais era basicamente seus projetos políticos. Enquanto no Estado fascista a participação política significava plena adesão ao regime e ao seu líder, de forma que ninguém poderia tecer críticas ou manifestar-se contrário ao governo, o Estado soviético buscava criar mecanismos efetivos de participação daqueles que se organizavam no Partido Comunista, estrutura política dominante.

De maneira breve, é válido lembrar que essas duas forças políticas se confrontaram durante a Segunda Guerra Mundial. Aliada aos Estados Unidos, a União Soviética sai vitoriosa no pós-guerra e vários outros Estados da Europa aderiram também esta forma de poder. No entanto, com o processo de globalização que vinha crescendo e devido a problemas internos, no final do século XX a URSS entra em processo de dissolução.

Destarte, Porto leciona sobre esta transição:

Sem dúvida, contudo, que as revoluções comunistas fizeram tremer as bases do Estado Liberal, minimamente intervencionista, e o próprio marxismo, então emergente, passou a inspirar as regras de transformação do capitalismo que se vê forçado a fazer concessões às classes populares. A tomada de consciência de que a sobrevivência estatal na economia, assegurando novos direitos sociais, facilitou o surgimento do *Welfare State* para corrigir distorções no capitalismo e dar-lhe sobrevida. A adjetivação “social” objetiva esse escopo: criar um modelo estatal capaz de amenizar a tensão social por meio da implementação de direitos sociais básicos. ²¹

O Estado Social, também chamado de Estado do bem-estar social – *Welfare State* - nasce, após a Segunda Guerra Mundial, das lutas pelas conquistas dos direitos sociais, de forma que o Estado passa a intervir na economia, na política e também nas estruturas sociais,

²⁰ MIRANDA. Op. Cit. p. 53.

²¹ PORTO, Pedro Rui de Fontoura. **Direitos fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 57.

garantindo aos cidadãos seus direitos reconhecidos. Esse modelo de organização constitucional sucedeu ao Estado liberal e visava à ampliação da liberdade e igualdade, no entanto em perspectiva social, atrelada à participação política de todas as classes.

O Estado do bem-estar social tinha como finalidade e característica básica a intervenção estatal nas atividades econômicas, regulando-as, subsidiando-as, executando grandes investimentos e obras, redistribuindo rendimentos, visando sempre, pelo menos teoricamente, ao bem-estar da maioria da população. Propunha o rompimento com o centenário do princípio do liberalismo, que rejeitava qualquer função intervencionista do Estado. Desta forma, era proposta ao cidadão moradia digna, educação básica pública, assistência à saúde, transporte coletivo, lazer, trabalho e salário, seguro-desemprego, enfim, o mínimo de bem-estar econômico e social.

Após as duas grandes guerras mundiais emerge essa concepção nova de Estado, voltada para a reestruturação econômica e o bem-estar social. Havia neste contexto uma preocupação com as garantias mínimas de vida digna para o cidadão no que concerne o trabalho, a educação e a saúde – sendo que o último será objeto de um estudo posteriormente mais detalhado. A democracia é o elemento motivador deste novo modelo de Estado, pois “só Estados Democráticos garantem direitos fundamentais e direitos sociais”.²²

O que diferencia de fato a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão somente de colocar limitações ao Estado, deixando assim de estabelecer as obrigações positivas, nesta última não se desconsidera os limites, mas se lhes agregam responsabilidades prestacionais as quais antes não sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios²³.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁴, Tratado internacional subscrito pelo Brasil, reflete essa nova concepção de Estado Social ao dispor em seu artigo XXV:

²² CHIMENTI *et al.* Op. Cit. p. 515

²³ GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 74.

²⁴ “Como é sabido, a Declaração de Direitos de 1789 intitulou-se Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Daí que se procurasse distinguir entre direitos do homem e direitos do cidadão: os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade. Esta classificação pressupõe uma separação talhante entre *status* negativos e *status activus* (na terminologia de G. Jellinek), entre direito individual e direito político. Vendo bem as coisas, a distinção em referência é uma refracção da teoria da separação entre sociedade privada e Estado, pois a transição do conceito de homem para cidadão assenta no pressuposto de que a sociedade civil, separada da sociedade política, e hostil a qualquer intervenção estatal, é, por essência apolítica. Isto permitiu a célebre oposição entre “liberdade dos antigos” e “liberdade dos modernos”: se a liberdade dos antigos consistia, segundo Aristóteles, na participação

1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.²⁵

Ao observar os artigos da Declaração dos Direitos do Homem supracitado, pode-se perceber que o Bem-Estar Social está intrinsecamente ligado à erradicação da pobreza e da marginalização, e tal relação também pode ser notada nos artigos 6º e 7º da Constituição, nos quais são elencados direitos essenciais à garantia de um padrão mínimo necessário à vida com dignidade.

É perceptível que várias manifestações no sentido de se obter a dignidade da pessoa humana foram surgindo. O Estado de Direito, advindo do Estado Liberal, apesar da denominação, pouco alterou para melhor a vida do cidadão, uma vez que atrocidades foram verificadas com a Revolução Industrial. Mister se fazia um Estado que de fato se responsabilizasse pelo social.

O Artigo 1º da Constituição Federal afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, sendo tratado como objetivos fundamentais da República, dentre outros, a construção de uma sociedade justa, de forma a erradicar a pobreza e as desigualdades sociais.²⁶

Assim, à medida que os Direitos Fundamentais passam a ser reconhecidos e protegidos, esses direitos passam a determinar o perfil desse Estado, revelando sua forma de ser e de agir e de como se dá a relação dele com os indivíduos.

Destarte, a Constituição de 1988 institui um Estado Democrático Social de Direito e Sundfeld elenca elementos que o conceitua e o identifica:

- a) criado e regulado por uma Constituição;

activa nos negócios públicos, a liberdade dos modernos, na definição de Benjamin Constant, teria como escopo La sécurité des jouissances privées. Esta oposição, alvorada em autêntica lei de desenvolvimento da história dava cobertura política ao regime censitário, assente, precisamente, na distinção entre l'homme citoyen e o homme tout court. De resto, já anteriormente Kant (Doutrina do Direito, inciso XLVI) se aproximara do Estado constitucional aristocrático ao distinguir também entre cidadãos activos (Staatsbürger) e cidadão passivo (Staatsgenossen)". Conforme: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. Coimbra: Almedina, 2008, p. 529-530.

²⁵ CHIMENTI *et al.* Op. Cit. p. 516.

²⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito Constitucional**. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.

- b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres;
- c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros;
- d) a lei produzida pelo legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes;
- e) os cidadãos sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado;
- f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social.²⁷

As várias características que possibilitaram a visível mudança na função do Estado – este que antes estava apenas voltado a assegurar a liberdade e a igualdade formal, agora visava a garantias e a efetiva igualdade, de cunho material, com o objetivo de minimizar as diferenças sociais – acabaram por ocasionar uma alteração na própria forma de se conceber o Estado de Direito. Surge um novo modelo com a promessa de resgatar a dimensão material do direito, por meio de prestações positivas para assegurar de forma efetiva os direitos fundamentais.²⁸

Contudo, para que se reconheça de fato o Estado como Social mister se faz a existência de um quadro político de vida democrática, a qual atribua ao cidadão a condição de ativo participante na gestão pública e não mera função de receptor da intervenção estatal.²⁹

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari *apud* ARAÚJO. Op. Cit. p. 122 e 123.

²⁸ Sarmiento sobre o tema afirma que “até meados do século XX as constituições tratavam apenas da estrutura básica do Estado, quando muito incorporando um elenco de direitos individuais do cidadão, concebidos exclusivamente como direitos de defesa em face dos governantes. Contudo, a partir das Constituições do México de 1917, e de Weimar de 1919, este modelo vai se alterar. A maioria das constituições editadas posteriormente agregará ao seu temário vários outros assuntos, como economia, relações de trabalho, proteção à família, cultura, etc. Muitas delas vão também garantir, além dos clássicos direitos individuais, direitos sociais e econômicos, que demandam prestações positivas do Estado, viabilizadas através de políticas públicas onerosas: direitos à educação, à saúde, à previdência, à moradia, etc. Neste novo paradigma, por outro lado, a visão sobre o papel do Estado mesmo em relação aos direitos individuais se modifica. Se até então prevalecia a ideia de que, para não desrespeitar estes direitos, bastava que os poderes públicos se abstivessem de atentar contra eles, doravante será reconhecido que o Estado tem também deveres positivos nesta esfera. Além de não violar, ele deve ainda proteger os direitos individuais dos seus cidadãos das lesões e ameaças provenientes das mais diversas fontes: conduta de outros particulares, riscos naturais, riscos decorrentes de novas tecnologias, etc. Incumbe-lhe também assegurar, no mundo real, as condições materiais mínimas para que estes direitos individuais possam ser efetivamente fruídos por todos na sociedade, inclusive pelos integrantes dos grupos mais desfavorecidos”. Conforme: SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 119.

²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 201-202.

1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Precisar um marco histórico para o surgimento dos direitos fundamentais é árdua tarefa, da mesma forma que conceituar ou caracterizá-los. Muitos são os conceitos para os direitos fundamentais, o que afasta a simplicidade de tal tarefa, visto que inúmeras são as possibilidades de um resultado não satisfatório, uma vez que faltariam exatidão e especificidade que abarcasse todo o conteúdo.

De acordo com Hesse³⁰ os direitos fundamentais visam “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana.” Enquanto Schmitt³¹ entende que os direitos fundamentais podem ser caracterizados como direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face ao Estado. Este autor os direitos fundamentais são absolutos e não se relativizam, exceto se obedecerem a critérios da lei ou se estiverem dentro de limites legais. E continua dizendo que “as limitações aos chamados direitos fundamentais genuínos aparecem como exceções, estabelecendo-se unicamente com base em lei, mas lei em sentido geral; a limitação se dá sempre debaixo do controle da lei, sendo mensurável na extensão e no conteúdo”.³²

1.2.1 As Dimensões dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais habitualmente são classificados em gerações de direito. Há algumas manifestações quanto à terminologia geração ou dimensão de direito, de forma que Lenza³³ explica que a doutrina mais atual prefere a expressão “dimensões” dos direitos fundamentais, considerando que uma nova “dimensão” não abandonaria as conquistas da “dimensão” anterior e, assim, a expressão se mostraria mais adequada.

Sarlet *et al* julgam as críticas dirigidas ao termo “gerações” de direito bem fundadas, uma vez que o reconhecimento de novos direitos fundamentais exercem processo cumulativo, posto que os novos complementam os já existentes e não há exclusão ou alternância, como a expressão “gerações” poderia sugerir uma substituição gradativa, de uma geração para outra.

³⁰ HESSE, Konrad *apud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 560.

³¹ SCHMITT *apud* BONAVIDES. Op. Cit. p. 561.

³² Id. *Ibid.* p. 562.

³³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª edição atualizada e ampliada. Editora Saraiva, 2012, p. 958.

Assim como fez Lenza, os autores citados também preferiram utilizar-se do termo “dimensão”, também de acordo com as mais modernas doutrinas.³⁴

Abandonando a questão de terminologia, no que tange a classificação dos direitos fundamentais, eles podem ser ordenados em várias dimensões, sendo que as três primeiras partem do lema Liberdade, Igualdade e Fraternidade, ideário da Revolução Francesa³⁵, mas apenas os de primeira e segunda geração serão objetos do presente estudo.³⁶

Os direitos fundamentais de primeira dimensão correspondem aos direitos de liberdade, da não intervenção do Estado – os chamados direitos negativos - e vão se atrelando também ao princípio da igualdade, em que todos são iguais no usufruto da liberdade. Nas palavras de Bonavides³⁷ “são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”. O autor afirma que os direitos de primeira dimensão alcançaram projeção de universalidade formal, de modo que qualquer Constituição os reconheça em toda a sua extensão. Esses direitos tangem ao homem das liberdades abstratas e têm por titular o indivíduo subjetivo; eles opõem-se ao Estado.

Os direitos de primeira dimensão refletem o pensamento do liberalismo-burguês do século XVIII, preocupados com as questões individuais, ficando caracterizados como direitos de defesa do indivíduo frente ao poder estatal. Tais direitos almejam uma abstenção por parte dos poderes públicos, sendo assim, direitos de resistência ou de oposição ao Estado. Conforme Sarlet:

Neste contexto, assumem particular relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, tais como direito de voto e a capacidade eleitoral

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2012, p. 258.

³⁵ LENZA. Op. Cit. p. 958.

³⁶ Na terceira dimensão dos direitos fundamentais encontram-se os ditos direitos de solidariedade e fraternidade, cuja consagração decorre dos impactos ocasionados pela evolução tecnológica e científica. A principal diferença entre os direitos de terceira dimensão com os anteriores, encontra-se na questão da titularidade. Isso porque, ao contrário das dimensões anteriores, aqui a titularidade pertence a todo gênero humano, como os direitos difusos e os direitos coletivos. São dessa dimensão os direitos relativos ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à paz, ao meio ambiente e à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio comum da humanidade – histórico e cultural, e à comunicação. Alguns autores mencionam a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão. Para Bonavides a quarta dimensão de direitos fundamentais decorre do fenômeno da globalização dos direitos fundamentais e compreende direitos como à informação, à democracia e ao pluralismo.

³⁷ BONAVIDES. Op. Cit. p. 563.

passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a Democracia.³⁸

Os direitos humanos de primeira dimensão referem-se ao indivíduo e suas liberdades – liberdade de ir e vir, ao culto religioso, de expressão, de reunião, de fazer escolhas na esfera afetiva, e também a liberdade de propriedade e privacidade, sem nenhuma intervenção estatal.³⁹

Os direitos de segunda dimensão estão relacionados às liberdades concretas e na perspectiva cronológica, dominaram o século XX. A Revolução Industrial, no século anterior, representou o marco do fim da soberania burguesa. Nesse contexto, se evidenciaram o acúmulo de capital nas mãos dos mais ricos, a aceleração de desempregos e as precárias condições de trabalhos. Esses, dentre outros vários fatores acabaram por eclodir as manifestações e organizações da classe proletária, clamando por direitos como, por exemplo, do voto, o qual lhes concedia a escolha de seus representantes⁴⁰. Os direitos de segunda dimensão estão relacionados às questões sociais, ao Estado Social, Estado este que se preocupava com a redistribuição dos lucros, com a garantia de uma sociedade mais justa e igualitária que contasse com a intervenção Estatal, a fim de que cada indivíduo pudesse ter uma existência digna. Esses direitos, diferentemente dos de primeira dimensão, exigem ações positivas por parte do Estado para garantir o bem estar social - chamados também de direitos positivos. São os direitos sociais, culturais e econômicos que surgiram arraigados ao princípio da igualdade.

Porto descreve os direitos de segunda dimensão como sendo aqueles que concernem, por sua vez, às conquistas no âmbito social, não apenas na esfera individual, contudo visando à coletividade dos trabalhadores, estudantes, aposentados, crianças, adolescentes, idosos, enfim, situando-os na condição de sujeitos de direitos. Este autor finaliza observando que “ademais, nesta segunda dimensão, passa-se a exigir uma ação positiva do Estado para concretização dessas novas categorias deonticas, daí serem chamados de direitos prestacionais”.⁴¹

³⁸ SARLET *et al.* Op. Cit. p. 260.

³⁹ PORTO. Op. Cit. p. 59.

⁴⁰ Id. *Ibid.* p. 56.

⁴¹ PORTO. Op. Cit. p. 60 e 61.

1.2.2 Os Direitos Sociais e a Dignidade da Pessoa Humana

Dentre os direitos prestacionais sociais de segunda dimensão, o direito à saúde pede especial atenção e não há como falar em saúde, sem falar em dignidade da pessoa humana⁴².

Como salienta Sarlet:

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. É, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos e configura-se como um valor próprio que o identifica.⁴³

A dignidade da pessoa humana é valor axiológico, é a base, o núcleo de todos os direitos e garantias fundamentais e na Constituição Federal encontram-se importantes artigos nesse sentido, como o artigo 1º, inciso III, que coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República; artigo 3º, inciso III que põe como objetivos fundamentais, entre outros, a erradicação da pobreza e da marginalização a fim de reduzir a desigualdade social e regional; artigo 5º, caput, que coloca todos iguais perante a lei, e seu inciso III, que proíbe a tortura, o tratamento desumano ou degradante; artigo 6º que determina a assistência aos desamparados; artigo 193 que menciona como base da ordem social o bem estar e a justiça social e, por último, artigo 231 que reconhece aos índios sua organização social como um todo, protegendo-os.

Nas palavras de Torres “o direito à alimentação, à saúde e à educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o *status* daqueles no que concerne à parcela mínima, sem a qual a pessoa não sobrevive”⁴⁴. Para Barroso, dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que, embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana. De fato, a dignidade da pessoa humana ganha destaque, não obstante esta se merecer como um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ambiguidade e porosidade, assim como por sua

⁴² “(...) no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”. Conforme: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

⁴³ SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22.

⁴⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 133.

natureza necessariamente polissêmica. Tal relevância pode ser facilmente compreendida à luz dos avanços tecnológicos e científicos da humanidade.⁴⁵

Sarlet propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁴⁶

Há uma indissolúvel e intrínseca relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, mesmos naquelas constituições em que a dignidade humana não seja explicitada em seus textos. Desta maneira, pode-se considerar que a dignidade da pessoa humana é um axioma irrefutável de valor jurídico-filosófico.⁴⁷

Moraes⁴⁸ define os direitos humanos fundamentais como sendo “o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio da sua proteção contra o arbítrio do poder estatal”. E afirma que a complementaridade, a efetividade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, a interdependência, a imprescritibilidade e a universalidade são as características destes direitos.

Moraes⁴⁹ ainda preceitua que a dignidade humana trata-se de valor moral e espiritual, intrínsecos e indissolúveis a toda pessoa, e que conscientemente se expressa por meio da determinação responsável pela própria vida, com o dever de exigir do outro a reciprocidade do respeito.

Ao comentar o Artigo 1º da Declaração dos Direitos Humanos, o festejado dispositivo que decreta a igualdade de todos os seres humanos em dignidade e direitos, Rocha faz as seguintes considerações:

Gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos,

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 296.

⁴⁶ SARLET. Op. Cit. 2001, p. 60.

⁴⁷ Id. Idem. p. 26.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 39.

⁴⁹ MORAES. Op. Cit. p.40.

esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual.⁵⁰

Silva sobre o conceito de dignidade da pessoa humana, para que se possa entender o significado além de qualquer conceituação jurídica, uma vez que a dignidade é posta como condição inerente ao todo e qualquer ser humano, atributo que o caracteriza como tal, afirma que “a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”.⁵¹

E por fim, não menos importante, Flávia Piovesan discorre sobre o processo de universalização dos direitos humanos e elucida que a formação de um sistema internacional, composto por tratados, tem sua fundação na acolhida da dignidade da pessoa humana como valor que norteia o universo de direitos. Conveniente se faz destacar a concepção da autora:

Todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do Positivismo Jurídico, incorporam o valor da dignidade humana.⁵²

Assim, a Constituição brasileira de 1998 traz em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como direito fundamental. Porém, importante perceber que a dignidade da pessoa humana não foi incluída no artigo 5º da Carta Magna, o qual estabelece os direitos e garantias fundamentais, todavia, concede-o o enfoque como princípio constitucional basilar do Estado Democrático de Direito.

O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.⁵³

⁵⁰ ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. **Direito de Todos e para Todos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 13.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. v. 212 - abr./jun. 1998.

⁵² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵³ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 71.

1.2.3 Os Direitos Sociais

Os direitos sociais são considerados direitos de segunda dimensão, aqueles que exigem prestações pelo Poder Público e requerem uma atuação positiva do Estado, de modo a diminuir ou ao menos amenizar a desigualdade social dos hipossuficientes. De acordo com André Ramos Tavares “são, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais”.⁵⁴

Os direitos sociais estão intrinsecamente relacionados aos direitos humanos. Independentemente de acordos pessoais ou determinações legais, tais direitos são atribuídos ao ser humano enquanto tal e eles correspondem aos princípios morais que visam ao fornecimento de garantias e satisfação do mínimo de condição para que o indivíduo tenha uma vida digna. De acordo com Martins, “Os direitos sociais possuem um *status* garantidor da autonomia do indivíduo, possibilitando-o exercer e usufruir de sua liberdade, mediante a garantia de acesso a uma formação educacional, ao trabalho, à moradia e à assistência à saúde”.⁵⁵

De acordo com Habermas:

Os direitos sociais são uma condição para que os direitos básicos, tais como o direito à igual liberdade de ação, direito à livre associação entre os indivíduos, direito à proteção dos direitos dos direitos individuais, direito à igual participação no processo de formação de opiniões e vontades e direito à garantia de condições de vida, sociais, técnicas e econômicas, possam vir a ser exercidos.⁵⁶

Para o autor, os direitos básicos são aqueles conceituados como princípios que possibilitam o processo de legitimação de direitos.⁵⁷

Os destinatários dos direitos sociais são todos os indivíduos, no entanto objetivam dar maiores condições aos mais necessitados de amparo por parte do Estado.

Os direitos sociais são institucionalizados na Constituição de 1934, sofrendo influência das Constituições Mexicana, de 1917, alemã Weimar, de 1919 e da espanhola, de 1931. De acordo com José Afonso da Silva “os direitos sociais, nessas constituições, saíram do capítulo da ordem social, que sempre estivera misturada com a ordem econômica”⁵⁸, mas

⁵⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 837.

⁵⁵ MARTINS, Wal. **Direito à saúde**: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 21.

⁵⁶ HABERMAS, Faktizität und Geltung *apud* MARTINS, Wal. **Direito à saúde**: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 22.

⁵⁷ *Ibid.* p. 22.

⁵⁸ SILVA. Op. Cit., 2009, p. 285.

o texto constitucional de 1988 dedica um capítulo próprio aos direitos sociais – capítulo II do título II e ainda, um título referente à ordem social – título VIII. Primeiramente, os direitos sociais foram classificados apenas como normatividade programática, no entanto, como proferiu José Afonso da Silva “a tendência é de conferir a esta normatividade maior eficácia. E, nessa configuração crescente da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais reconhecedoras de *direitos sociais*, é que se manifesta sua principal garantia”.⁵⁹

Logo depois, a Constituição de 1937, desconsiderando o princípio da dignidade da pessoa humana, retirou direitos civis e políticos, concebendo uma ordem econômica em completa inobservância do princípio da justiça e das necessidades da população.⁶⁰

Já a Carta de 1946 devolveu o instituto dos direitos sociais e até inseriu em seu bojo ideias presentes na Constituição de Weimar, aliadas à ordem econômica, social e à liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.⁶¹

A Carta Magna de 1967 representou na seara dos direitos políticos um grande retrocesso, no entanto no que diz respeito aos direitos sociais, não apresentou modificações relevantes.

O atual sistema Constitucional brasileiro tem como alicerce os direitos sociais e quanto ao seu *status*, Silva assim os define:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos dos gozos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁶²

Há direitos sociais enumerados nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal que têm cunho de universalidade, que propicia a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Lê-se no Artigo 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância e a assistência aos desamparados. Chimenti *et al* leciona que na forma como disposto na Constituição Federal, os direitos sociais são muito mais que normas

⁵⁹ Id, Ibid, p. 465.

⁶⁰ MARTINS. Op. Cit. p. 23.

⁶¹ Id. Ibid. p. 23.

⁶² SILVA. Op. Cit. p. 289.

programáticas; são direitos subjetivos do indivíduo, oponíveis ao Estado, que devem fornecer as prestações diretas e indiretas garantidas pela Constituição.⁶³

Novaes afirma que “ao lado dos direitos e liberdades clássicos – moldados e comprimidos, particularmente no que se refere ao direito de propriedade, à medida das novas exigências de socialidade – avultam, agora, os chamados direitos sociais indissociáveis das correspondentes prestações do Estado”.⁶⁴

A Constituição de 1988, retirando os direitos sociais da Ordem Econômica, inseriu-os no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e deu-lhes o regime jurídico da Ordem Social. Fez um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, no qual inseriu os direitos sociais, em razão da preocupação do constituinte em impedir que se repetissem as violações de direitos que o recém extinto regime militar havia propiciado⁶⁵. E ainda, os direitos sociais se estendem a todos os residentes no País, em obediência à universalidade e à igualdade que os caracterizam.

A justiça social só pode ser alcançada se a riqueza for equitativamente distribuída, o que é possível mesmo num regime essencialmente capitalista.⁶⁶

Para Alexy:

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da idéia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais e a interesses coletivos.⁶⁷

⁶³ CHIMENTI *et al.* Op. Cit. 2008. p. 128 e 129.

⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**: Do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 130.

⁶⁵ CHIMENTI *et al.* Op. cit. p. 509.

⁶⁶ SILVA. Op. Cit., 2000, p. 764-765.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511-512.

1.2.4 O Direito Social à Saúde

A saúde é declarada na Constituição Federal de 1988 em vários dispositivos, como no artigo 6º, 196, 197, 198, 199 e 200. No artigo 6º, o constituinte declara a saúde como sendo um direito social, juntamente com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Conforme prescrito no artigo 196, Mendes define que o direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.⁶⁸

O ministro no que concerne ao item primeiro - direito de todos - leciona que é possível que se identifique, na redação do artigo constitucional supracitado, tanto direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, não sendo capaz de produzir efeitos, tão somente norteador o que deverá ser observado pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

Desta forma, o Ministro Celso de Mello, destacou a dimensão individual do direito à saúde, ao reconhecê-la como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional⁶⁹. Ressaltou o Ministro que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, cabendo aos entes federados um dever prestacional positivo. E finalizou dizendo que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, artigo 197)”, de forma a legitimar a atuação do Poder Judiciário caso haja omissão por parte da Administração Pública no que tange ao mandamento constitucional em questão.⁷⁰

Gilmar Mendes profere que inexistente um direito absoluto que proteja, promova ou recupere a saúde. No entanto, por meio de políticas sociais e econômicas, por meio de direito público subjetivo a políticas públicas esse direito passa a ser assegurado.

⁶⁸ STF. AgR-RE N. 271.286- 8/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 12.09.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em 12 de novembro de 2012.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Idem.

Nesse sentido, em decisão proferida na ADPF n.º 45/DF, o Min. Celso de Mello assinalou:

Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausentes qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.⁷¹

Desta forma, a garantia judicial da prestação individual da saúde pode ser comprometida se não houver perfeito funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), que deve ser sempre demonstrado claramente e de forma concreta, em cada caso.

Quanto ao segundo aspecto do artigo 196 - dever do Estado – comentou-se que, a Constituição preconiza que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e também deve desenvolver políticas públicas que objetivam à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, bem como está expresso no referido artigo.⁷²

No artigo 23, inciso II, está prevista a competência comum dos entes da Federação no que diz respeito ao cuidado com a saúde e prevê assim, a solidariedade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na responsabilidade com a saúde, tanto individual quanto coletivamente, dessa forma, “são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.” A obrigação solidária entre os entes da Federação e o objetivo de aumentar a qualidade de acesso aos serviços de saúde podem ser verificados na descentralização dos serviços do SUS e a conjugação dos recursos financeiros dos entes federados. Desta maneira, estabeleceram-se quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: para cada nível de governo uma única direção administrativa; descentralização político-administrativa; atendimento integral valorizando prioritariamente as atividades preventivas; e a participação comunitária.⁷³

O SUS baseia-se no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. De forma que, para que se garanta a manutenção do Sistema Único de Saúde por parte do Estado é necessário que os gastos com a saúde sejam estáveis e que haja também a captação de recursos. Dentre outras fontes, de acordo com o artigo 195, o Sistema Único de

⁷¹ STF. ADPF-MC N.º 45, Rel. Celso de Mello, DJ 4.5.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em Nov/2012.

⁷² STF. Relatório e Voto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em 12 de novembro de 2012.

⁷³ Idem.

Saúde opera com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Com o intento de proporcionar mais estabilidade aos recursos à saúde, a Emenda Constitucional n.º 29/2000 estabeleceu um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da Federação. Com esta Emenda foram acrescentados dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição, os quais com o intuito de aumentar e estabilizar os recursos à saúde asseguraram percentuais mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.⁷⁴

Todavia, o § 3º do artigo 198 dispõe que caberá à Lei Complementar consolidar quais serão os percentuais mínimos de que trata o § 2º do artigo em questão, quais serão os critérios de divisão entre os entes federados, quais serão as normas de fiscalização, avaliação e controle dos gastos com saúde, quais serão as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União, além da especificação das ações e serviços públicos de saúde.⁷⁵

O terceiro item do artigo 196 – garantido mediante políticas sociais e econômicas – traduz exatamente a necessidade de formulação de políticas públicas que deem concretude ao direito à saúde por meio de escolhas alocativas. Dispensar os escassos recursos utilizando critérios distributivos é incontestável necessário, uma vez que a evolução da medicina impera um viés programático ao direito à saúde, uma vez que muitas serão as novas descobertas, novos exames, prognósticos ou procedimentos cirúrgicos, ou ainda uma nova doença ou então a volta de uma doença que se supôs eliminada.⁷⁶

Ainda analisando o artigo 196, o ministro comenta o quarto tópico- políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos – e neste item evidencia-se o caráter preventivo no que tange à saúde e as ações preventivas que nesta área tiveram indicação de prioridade no artigo 198, inciso II, da Constituição Federal.⁷⁷

Quanto ao quinto item – políticas que visem ao acesso universal e igualitário- consolidou-se na Constituição um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde e nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, na Suspensão de Tutela Antecipada 91, salientou que, em sua compreensão, o artigo 196 do Texto Constitucional diz respeito à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo⁷⁸. E de acordo com o artigo 7º, IV da Lei n. 8.080/90 o princípio do acesso igualitário e universal só tende a reforçar a

⁷⁴ **STF**. Relatório e Voto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em Nov/2012.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Idem.

responsabilidade solidária dos entes federados, de modo a garantir a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”.⁷⁹

E finalmente no sexto item - ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde – menciona que a partir do estudo do direito à saúde no Brasil se pode chegar à conclusão de que os problemas no que diz respeito à eficácia social desse direito fundamental deve-se bem mais a questões relacionadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde que já existem – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes federados – do que propriamente à falta de específica legislação. Noutras palavras, verifica-se que o problema não é a falta de legislação, mas é problema de cunho administrativo na execução das políticas públicas por parte dos entes da Federação. A Carta Magna brasileira preconiza de forma enfática a existência de direitos fundamentais sociais em seu artigo 6º, tornando específico conteúdo e forma de prestação nos artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros. Distingue também os direitos e deveres individuais e coletivos no capítulo I do Título II e os direitos sociais no capítulo II do Título II, ao consolidar que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata consoante o artigo 5º, §1º, da mesma Constituição.⁸⁰

Desta maneira, é notório que a Constituição Federal de 1988 acolheu os direitos fundamentais sociais como autênticos direitos fundamentais. Torna-se inquestionável que as demandas que visam à efetiva prestação ao direito à saúde devem ser resolvidas tomando como ponto de partida a análise do atual contexto constitucional.⁸¹

1.3 O SISTEMA FEDERATIVO BRASILEIRO

Hodiernamente, é possível perceber o surgimento de muitos Estados com organização federativa. Pode-se então supor que esse tipo de Estado vem correspondendo aos anseios da sociedade atual. De acordo com Dalmo de Abreu Dallari, “o Estado Federal indica, antes de tudo, uma forma de Estado, não de governo”⁸², no entanto, o referido autor leciona que há intrínseca relação no que diz respeito à organização federativa e os problemas de governo. Quando uma federação é composta entende-se que dois ou mais povos, sob um governo

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ STF. Relatório e Voto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em Nov/2012.

⁸¹ Idem.

⁸² DALLARI. Op. Cit. p. 130.

comum, visam a objetivos comuns, elegendo essa forma de convivência como a mais conveniente para todos.⁸³

Federação, do latim *foedus*, quer dizer pacto, aliança, sendo o Estado Federal uma aliança ou união de Estados. É considerado um fenômeno moderno, pois não apareceu na Antiguidade e tampouco na Idade Média, surgindo apenas no século XVIII. Com a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, eclode o Estado Federal. Mendes *et al* afirma que O Federalismo, com origem nos Estados Unidos, “surgiu como resposta à necessidade de um governo eficiente em vasto território, que, ao mesmo tempo, assegurasse os ideais republicanos que vingaram com a revolução de 1776.”⁸⁴

Data-se desta época a declaração de independência das treze colônias britânicas da América, passando cada qual a constituir um novo Estado. Posteriormente a isso, unidas visando à preservação da independência, as treze colônias firmaram um tratado, em 1781, que ficou conhecido como “Artigos de Confederação”, e o congresso a partir de então, passou a ter a denominação de “Os Estados Unidos Reunidos em Congresso”. Nesse momento não mais existiam as colônias, havia agora Estados unidos em confederação, a qual recebeu a denominação de “Estados Unidos da América”, declarando que se tratava de uma união definitiva. Tal união tinha como principal objetivo a preservação da soberania de cada antiga colônia.⁸⁵

No sistema de confederação⁸⁶, a cada Estado membro foi conferida a soberania, a liberdade e a independência, e em pouco tempo verificou-se a fragilidade desse sistema. Podia-se constatar que as deliberações em Congresso dos Estados Unidos eram descumpridas e os recursos financeiros e humanos, no que tangia as atividades comuns, apresentavam grandes dificuldades para sua obtenção. Outra questão relevante era que a confederação tinha a propriedade de legislar apenas para os Estados, não dispendo de legislação para os cidadãos, o que a impedia de impor tributos, dependendo que os Estados confederados fizessem tal

⁸³ DALLARI. Op. Cit. p. 215.

⁸⁴ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição revisada e atualizada. Editora Saraiva, 2012, p. 855.

⁸⁵ DALLARI. Op. Cit. p. 216.

⁸⁶ O professor Michel Temer, em Elementos de Direito Constitucional, p. 62, esclarece-nos sobre a distinção existente entre uma Confederação e uma Federação da seguinte forma: “Registre-se, por fim, que deixamos de indicar a Confederação com forma de Estado. É que esta se assenta em tratado internacional e não em Constituição. Compreenda-se: a Confederação surge de um convênio entre Estados soberanos que não abdicam de sua soberania. A Federação, surgida de um movimento centrípeto, leva os Estados contratantes a abrirem mão da soberania que lhes é peculiar. Entregam o seu exercício à União. Esta é que se manifesta em nome da Federação no contexto internacional. Os Estados, nessa hipótese, despojando-se da soberania, conservam, tão somente, autonomia política. Esclarecendo: mantêm a possibilidade de editarem leis sobre competências suas por meio de autoridades próprias. Não têm, contudo, a possibilidade de se manifestarem na ordem internacional. A sua manifestação isolada não obriga a Federação perante os demais Estados”.

intermediação. Na prática, as deliberações do Congresso não passavam de simples recomendações e ainda, inexistia um supremo tribunal unificado que pudesse garantir a interpretação do direito comum aos Estados⁸⁷.

Para Araújo e Nunes Júnior, esse sistema revelou-se falho e inadequado para que se alcançasse os propósitos políticos, econômicos e sociais dos Estados confederados, e essa intranquilidade redundou a chamada Convenção de Filadélfia, em que, no ano de 1787 cinquenta e cinco delegados dos doze Estados que se fizeram representar – visto que *Rodhe Island* recusou-se a enviar quem o representasse – originou-se a fórmula federativa, ou seja, o Estado Federal norte-americano.⁸⁸

Bastos leciona que “as treze ex-colônias inglesas resolveram dispor de parcela de suas soberanias, tornando-se autônomas, e constituir um novo Estado, este sim soberano.”⁸⁹ É importante ressaltar que nos Estados Unidos a federação verdadeiramente culminou da união dos Estados, em que treze países independentes, unidos fizeram um tratado em que mantinham sua autonomia, mas deixavam sua soberania a uma nova entidade – a União. Passaram assim a compor a vontade da União, por meio de representantes no Senado.⁹⁰

No Brasil, Bastos defende que as coisas ocorreram um pouco às avessas:

A forma federativa surgiu em 15.11.1889, junto com a República, por força do Decreto nº1. Dizemos por que às avessas: na experiência norte-americana, tínhamos treze países independentes, que, por meio de um acordo, cederam parcela de seu poder ao novo ente que surgiu, resguardando assim muito do que antes era seu. No caso brasileiro, ao invés de diversos Estados, tínhamos um só; o Brasil todo respondia ao domínio do imperador. Depois de proclamada a República e a Federação é que se viu a necessidade de criarem-se os Estados-Membros, aos quais delegaram-se algumas competências. Esta talvez seja uma das razões pelas quais o Brasil nunca chegou a ser uma verdadeira Federação, na qual os Estados alcançaram autonomia real.⁹¹

Existem algumas características as quais são fundamentais ao Estado Federal. Alguns países se unem originando um novo Estado, visto que uma vez aderido à federação, perdem seus *status* de Estado. Cada unidade federada recebe nome de Estado, tanto no caso brasileiro, quanto no norte-americano e em outros tantos, porém há de se frisar que esta denominação é meramente política, pois na verdade não são Estados.⁹²

⁸⁷ MENDES; BRANCO. Op. Cit. p. 855.

⁸⁸ ARAUJO; JUNIOR. Op. Cit. p. 283.

⁸⁹ BASTOS. Op. Cit. p. 222.

⁹⁰ MENDES; BRANCO. Op. Cit. p. 855 e 856.

⁹¹ BASTOS. Op. Cit. p. 223.

⁹² DALLARI. Op. Cit. p.218

O Estado Federal tem como base jurídica não mais um tratado, uma vez observada a sua limitação quanto à regulação apenas de assuntos expressamente previstos e ainda a possibilidade de ser denunciado por qualquer contratante. A base jurídica do Estado Federal passa a ser uma Constituição e nela constam todos os assuntos que dizem respeito a qualquer componente da federação, segundo normas constitucionais.

Na federação há a inexistência de direito de secessão. O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 traz a assertiva de que os Estados, membros não soberanos, são impedidos de se desligarem da União, o que a diferencia da confederação.⁹³

A soberania é exclusiva do Estado Federal, pois analisando o conceito da palavra, verifica-se que não é possível que exista mais de uma soberania no mesmo Estado. No Federalismo, consta na Constituição as atribuições da União e das unidades federadas e é inexistente hierarquia no sistema federal porque cada representante do poder equivale a uma competência determinada⁹⁴.

No que concerne às competências, pode-se verificar que no caso norte americano os Estados concederam algumas competências à União, reservando para eles todos os poderes residuais, ou seja, aqueles poderes não concedidos à União. No entanto, nem todas as Constituições dos Estados Federais aderiram a esta regra, sendo que algumas delas tornam expressa a competência dos Estados e concedem à União os poderes residuais, havendo casos, ainda, em quem imputam poderes expressos à União e às unidades federadas. Comumente, se pode ver nos dias atuais, que se atribui competências concorrentes, ou seja, outorga de competência à União e às unidades federadas responsáveis para um mesmo assunto, preferencialmente, nesse caso, à União. Tem-se como regra no Estado Federal a distribuição de competências sem hierarquia. Destarte, no que tange aos assuntos de competência de uma unidade federada, esta é que pode legislar acerca do tema, não a União, e vice-versa.⁹⁵

Além da repartição de competências, para garantir a plena existência de um Estado Federal, mister se faz que cada um de seus componentes possua uma fonte de renda suficiente para manter seus encargos. Assim, a Constituição de 1891 já prescreveu no artigo 5º: “Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar”.⁹⁶ Neste sentido, Dallari afirma que “pois do contrário a autonomia

⁹³ MENDES; BRANCO. Op. Cit. p. 859

⁹⁴ DALLARI. Op. Cit. p. 218-219.

⁹⁵ Id. Ibid. p. 219.

⁹⁶ TAVARES. Op. Cit. p. 1104.

política se torna apenas nominal, pois não pode agir, e agir com independência, quem não dispõe de recursos”.

No que se refere ao poder, nesse sistema, há um governo federal do qual fazem parte as unidades federadas juntamente com o povo e existem ainda, os governos estaduais, que são dotados de autonomia política, que ao seu interesse, fixam suas próprias regras, desde que estas não sejam contrárias a Constituição Federal. A participação dos Estados no governo federal é assegurada pela constituição de poder legislativo bicameral, sendo o Senado o órgão de representação dos Estados e o povo que se autorrepresenta.⁹⁷

No sistema federalista não coexistem cidadanias, uma vez que os cidadãos do Estado que adere à federação passam tão logo a adquirirem a cidadania do Estado Federal, da mesma forma que não existe tratamento diferenciado, no que se referem aos direitos de cidadania, àqueles que nasceram ou residem nas diferentes unidades federadas.⁹⁸

O Brasil é uma República Federativa que se forma por meio da união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, tendo esta forma de governo previsão no *caput* do artigo 1º da Constituição Federal. Tal forma de governo “indica a maneira como se dá a instituição do poder na sociedade e a relação entre o povo e seus governantes”.⁹⁹

A federação é a forma de Estado pela qual se objetiva distribuir o poder, preservando a autonomia dos entes políticos que a compõem. No entanto, nem sempre alcança-se uma racional distribuição do poder; nestes casos dá-se ou um engrandecimento da União ou um excesso de poder regionalmente concentrado, o que pode ser prejudicial se este poder estiver nas mãos das oligarquias locais. O acerto da Constituição, quando dispõe sobre a Federação, estará diretamente vinculado a uma racional divisão de competência entre, no caso brasileiro, União, Estados e Municípios; tal divisão para alcançar logro poderia ter como regra principal a seguinte: nada será exercido por um poder mais amplo quando puder ser exercido pelo poder local, afinal os cidadãos moram nos Municípios e não na União.¹⁰⁰

Bastos elenca uma gama de características da Federação, dizendo que o sistema federativo apresenta vasto rol distintivo, no entanto elege as que acredita serem mais importantes:

1ª) uma descentralização político-administrativa constitucionalmente prevista; 2ª) uma Constituição rígida que não permita a alteração da repartição de competências por intermédio de legislação ordinária. Se assim fosse possível, estaríamos num Estado unitário, politicamente descentralizado; 3ª) existência de um órgão que dite a

⁹⁷ DALLARI. Op. Cit. 219.

⁹⁸ Id. Ibid. p. 219

⁹⁹ CHIMENTI. Op. Cit. p. 174.

¹⁰⁰ BASTOS. Op. Cit. p. 244.

vontade dos membros da Federação; no caso brasileiro temos o Senado, no qual reúnem-se os representantes dos Estados-Membros; 4ª) autonomia financeira, constitucionalmente prevista, para que os entes federados não fiquem na dependência do Poder Central; 5ª) a existência de um órgão constitucional encarregado do controle da constitucionalidade das leis, para que não haja invasão de competências.¹⁰¹

O poder pode ser estabelecido na sociedade através do sistema de Monarquia ou da República, podendo ser a Monarquia absoluta, constitucional ou parlamentar. A Monarquia absoluta cuja denominação já sugere, mantém o poder concentrado absolutamente nas mãos do rei. Nota-se nesta forma de governo a ausência da separação dos poderes (legislativo, executivo e judiciário), visto que suas principais características são o autoritarismo, irresponsabilidade legal e poder vitalício do monarca. Na Monarquia constitucional os poderes do rei são limitados por meio de uma Constituição. O monarca é Chefe de Estado, no entanto exerce apenas o poder Executivo, ladeado do Legislativo e Judiciário. Em uma Monarquia parlamentar o rei não governa, apenas reina, ou seja, o Poder Executivo é atribuído a um Conselho de Ministros, responsáveis frente ao Parlamento. Na República, por sua vez, um cidadão é eleito para representar o povo e governar o país em um período determinado.¹⁰²

No Brasil, conforme constituição federal vigente adota-se o sistema federativo, e o poder é exercido através da República, caracterizada pela eleição de um Presidente, que governa por um determinado tempo, demonstrando a necessidade da alternância de poder, figura basilar do Estado Democrático de Direito. Para que a República funcionasse corretamente fazia-se necessária delimitar o poder de cada esfera atuante no funcionamento do Estado.

A premissa da separação dos poderes é associada à história da evolução da limitação do poder político. Esta doutrina remonta à Grécia e Roma antigas e o autor lusitano Nuno Piçarras identifica as origens da noção da separação dos poderes no conceito de constituição mista de Aristóteles em sua obra “Política”¹⁰³:

(...) constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as

¹⁰¹ Id. Ibid. p. 245.

¹⁰² DALVI, Luciano. **Curso de Direito Constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 279.

¹⁰³ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra : Coimbra Editora, 1989, p. 33.

constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.¹⁰⁴

Dallari, por sua vez, leciona que a teoria da separação dos poderes, por meio da obra de Montesquieu, se incorporou ao constitucionalismo, surgindo para garantir a liberdade dos indivíduos.¹⁰⁵

E neste sentido:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.¹⁰⁶

A teoria de Montesquieu teve calorosa aceitação, visto que nesta época, final do século XIX, o que se buscava era o enfraquecimento do Estado e a doutrina da separação dos poderes surge como um necessário e eficaz artifício para se evitar a formação de governos absolutos.¹⁰⁷

Pressupondo-se que a centralização do poder resultaria em tirania, a separação de poderes de Montesquieu concebe um sistema composto por um legislativo, um executivo e um judiciário, independentes e harmônicos entre si. A separação de poderes passou a ser vista como um dogma do Estado Moderno que visava ao enfraquecimento do Estado, aliada à função limitadora da Constituição.¹⁰⁸

Destarte, a separação dos poderes reluz no parágrafo 5º da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, o qual declara “que os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário”; é reiterada enfaticamente no artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 na França, sendo que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição” e reflete-se também na Constituição dos Estados Unidos a qual dedica o seu artigo 1º ao legislativo, o 2º ao executivo e o 3º ao judiciário inadmitindo

¹⁰⁴ Id. Ibid. p. 33.

¹⁰⁵ DALLARI, Op. Cit. p.181.

¹⁰⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 167-168.

¹⁰⁷ DALLARI. Op. Cit. p.181.

¹⁰⁸ Id. Ibid. p.184.

que haja interferências entre as partes ou transferência de poderes, mesmo que parcialmente ou em caráter provisório.¹⁰⁹

Associado à ideia de Estado Democrático, o sistema de separação de poderes originou a teoria de pesos e contrapesos, segundo a qual cada um dos três poderes deve permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.¹¹⁰

Críticas acerca do sistema de separação de poderes foram feitas e a primeira delas estava relacionada ao fato da separação nunca ter sido praticada, limitando-se a mero formalismo. O que se podia observar é que embora houvesse a consagração da separação dos poderes na Constituição, o que se constatava de fato eram as interferências entre os poderes, de modo que a separação era unicamente de aparência.¹¹¹

Outro aspecto relevante diz respeito ao fato do sistema não assegurar a liberdade aos indivíduos ou o caráter democrático do Estado, pois a efetiva garantia de liberdade estava restrita a uma parcela mínima privilegiada da sociedade, resquícios da injustiça que vigorou durante o liberalismo. Isso sem mencionar as transações feitas por executivos antidemocráticos com o legislativo, o qual muitas vezes obedecia ao que determinava ou convinha ao executivo, sem quebra das normas constitucionais. Acrescenta-se a tudo isso a possível percepção de que o legislativo dotado de pouca representatividade no sistema de separação de poderes não assegurava o caráter democrático do Estado.¹¹²

Mister, ainda, se faz lembrar que à medida em que a sociedade foi evoluindo, esta passa a exigir intensificada atuação estatal, de modo que surge também a necessidade de atividades legiferantes mais numerosas e mais técnicas, as quais não condizem com o modelo da separação de poderes.

Nesse diapasão, assim define Dallari:

O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.¹¹³

E o referido autor finaliza afirmando que apesar da notória inadequação da organização do Estado, o sistema de separação de poderes é um dogma, consagrado na

¹⁰⁹ DALLARI. Op. Cit. p.184.

¹¹⁰ Id. Ibid, mesma página.

¹¹¹ Id. Ibid. p.185.

¹¹² Id. Ibid, mesma página.

¹¹³ Id. Ibid. p. 186.

maioria das Constituições, e foi aliado à ideia de Estado Democrático, de forma que seria ultraje desconsiderá-lo. Assim, buscam-se alternativas possíveis de aumentar a eficiência estatal permanecendo apenas o disfarce de separação de poderes.

1.3.1 Organização dos Entes Federados

Embora no Brasil a Federação surja de forma meio às avessas, de forma artificial, visto que inicialmente foi criado o Estado Central e só posteriormente foram aparecendo as Unidades Federativas, a organização político-administrativa deve ser observada com a finalidade de se verificar a autonomia de cada ente federado, bem como saber das suas competências.¹¹⁴

A União pode ser conceituada como pessoa jurídica de Direito Público dúplice: Direito Público Interno, uma vez que representa o Governo Federal na relação com os Estados-membros, Municípios e também conceituado como Direito Público Externo, tendo em vista a representação da República Federativa do Brasil no exterior.¹¹⁵

De acordo com o artigo 18 da Constituição Federal a União constitui parte integrante da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, bem como os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos dotados de autonomia.

Silva esclarece:

a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende, como se vê do art. 18, a *União*, os *Estados*, o *Distrito Federal* e os *Municípios*. A Constituição aí quis destacar as entidades que integram a estrutura federativa brasileira: *os componentes do nosso Estado Federal*. Merece reparo dizer que é a organização político-administrativa que compreende tais entidades, como se houvesse alguma diferença entre o que aqui se estabelece e o que se declarou no art. 1.º. Dizer que a República Federativa do Brasil é formada pela *união indissolúvel* dos Estados e Municípios e do Distrito Federal não é diverso de dizer que ela compreende União, Estados, Distrito Federal e Municípios, porque a *união indissolúvel* (embora com inicial minúscula) do art. 1.º é a mesma União (com inicial maiúscula) do art. 18. Repetição inútil, mas que não houve jeito de evitar, tal o apego à tradição formal de fazer constar do art. 1.º essa cláusula que vem de constituições anteriores, sem levar em conta que a metodologia da Constituição de 1988 não comporta tal apego destituído de sentido. Enfim, temos aí destacados os componentes da nossa República Federativa: (a) União; (b) Estados; (c) Distrito Federal; e (d) Municípios (...)¹¹⁶.

¹¹⁴ CHIMENTI. Op. Cit. p.177.

¹¹⁵ DALVI, op. cit., p. 283.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 471 -472.

Quanto à competência da União, esta pode ser legislativa ou não legislativa. A competência não legislativa, como sugere o nome trata de delimitar uma área de atuação político-administrativa, daí também denominada competência administrativa ou material, por não se tratar de atividades legiferantes. Trata das funções governamentais, podendo ser exclusiva da União ou comum, também denominada cumulativa, concorrente administrativa ou paralela.¹¹⁷

No que tange a competência comum, o artigo 23, parágrafo único, traz em sua redação que leis complementares fixarão normas para que haja cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, visando ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar no âmbito nacional, à otimização dos esforços e também evitar conflitos como a dispersão de recursos. Para melhor elucidar, cita-se como exemplo, “a LC n. 140/2011, que, regulamentando os incisos III, VI e VII, do artigo 23, CF/88, fixou normas para a houvesse cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas advindas do exercício da competência comum que concernem: à proteção das paisagens naturais notáveis; à proteção do meio ambiente; ao combate à poluição em qualquer de suas formas; à preservação das florestas, da fauna e da flora.”¹¹⁸

No entanto, em caso de conflitos entre os entes federativos, deve-se observar que, se a colaboração não funcionar, há de se cogitar do critério da preponderância de interesses. Pois, ainda que não haja hierarquia entre os entes que compõem a Federação, pode-se considerar a hierarquia de interesses, em que os mais amplos (da União) devem preferir aos mais restritos (dos Estados).¹¹⁹

Já a competência legislativa, que sugere também no nome sua capacidade legiferante, elabora as leis. Para a União Federal, elas foram definidas como privativa e concorrente. No que diz respeito à competência privativa, embora seja de competência da União legislar privativamente sobre questões específicas previstas no artigo 22 da Constituição Federal, o parágrafo único do dispositivo autoriza a União delegar poderes legiferantes aos Estados e ao Distrito Federal, por meio de lei complementar.¹²⁰

Quanto à competência concorrente, por seu turno, o artigo 24 define as matérias de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal. Em relação àquelas matérias, a competência da União limitar -se -á a estabelecer normas gerais. Em caso de inatividade por

¹¹⁷ LENZA. Op. Cit. p. 432.

¹¹⁸ Id. Ibid. p. 432-433

¹¹⁹ Id. Ibid. 433.

¹²⁰ LENZA. Op. Cit. p. 433.

parte da União, deixando de existir lei federal elaborada pela União sobre norma geral, os Estados e o Distrito Federal poderão suplementar a União e legislar, também, sobre as normas gerais, exercendo a competência legislativa plena. Se a União resolver legislar sobre norma geral, a norma geral que o Estado (ou Distrito Federal) havia elaborado terá a sua eficácia suspensa, no ponto em que for contrária à nova lei federal sobre norma geral. Caso não seja conflitante.¹²¹

Os Estados, de acordo com o artigo 25 da CF, organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem. “É a pessoa jurídica de direito interno dotada de autonomia legislativa, governamental e de fiscalização e arrecadação de impostos” e caracteriza-se por elaborar sua própria Constituição, o que muitos chamam de poder decorrente ou poder constituinte derivado decorrente. Além disso, os Estados podem se autogovernar e manter harmoniosa convivência dos três poderes no que tange às competências que compartilham. São características ainda dos Estados à autonomia tributária e financeira, a autoadministração, a normatização própria e a possibilidade de criar regiões metropolitanas.¹²²

O desmembramento de um Estado da unidade federativa só ocorrerá se for para formar outro Estado e a formação de um novo Estado se dará desde que consultada, por meio de plebiscito, a população interessada na fusão, desmembramento ou formação de novo Estado. E no que diz respeito aos bens do Estado, estes constam no artigo 26 da CF de 88, “sendo, de forma geral, residuais, isto é, só poderão ser de titularidade do Estado caso não sejam bens concernentes ao domínio da União”.¹²³

Consoante o artigo 18 da CF de 88, de forma atípica, o sistema federativo brasileiro incluiu em seu rol de entes federados os Municípios, detentores de autonomia política, financeira, legislativa e administrativa.¹²⁴

“O artigo 29 da CF dispõe que o Município se regerá por lei orgânica votada em dois turnos, com o intervalo mínimo de dez dias e aprovada por 2/3 dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará”.¹²⁵

De acordo com os ensinamentos de Moraes, por meio de Lei Orgânica o município se auto-organiza; através de eleição direta para prefeito, vice-prefeito e vereadores, se

¹²¹ LENZA. Op. Cit. p. 433.

¹²² DALVI. Op. Cit. p. 285-286.

¹²³ Id. Ibid. p. 287.

¹²⁴ CHIMENTI *et al.* Op. Cit. p.181.

¹²⁵ Id. Ibid. p.183.

autogoverna e sua autoadministração se dá no exercício das competências administrativas, tributárias e legislativas, conferidas pelo Texto Constitucional.¹²⁶

“O Distrito Federal é um ente anômalo, pois recebe um tratamento especial da Constituição Federal. Faz parte das 27 unidades federativas do Brasil”¹²⁷. Consoante o artigo 18 da CF/88, não é mais considerado Capital Federal, visto que a Capital Federal é Brasília, situada no território do Distrito Federal, e ainda, conforme o artigo 6º da lei orgânica do DF é também sede do governo do Distrito Federal. É ente federado autônomo e goza de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação.¹²⁸

O Distrito Federal tem como uma de suas características a indivisibilidade em municípios, visto que o artigo 32 da Carta Magna impede totalmente essa repartição, de forma que se distribui em 29 Regiões Administrativas¹²⁹. Além da característica supracitada, também é característico do DF a natureza jurídica de unidade anômala, pois apresenta particularidades típicas tanto de Estado quanto de Município; É regido por Lei Orgânica, no entanto, consoante o artigo 32 da CF equivale à Constituição Estadual; Tem seu poder legislativo exercido pela Câmara Legislativa; No Distrito Federal o Corpo de Bombeiros, o Poder Judiciário, as Polícias Civil e Militar são regidas por Lei Federal e mantidas pela União; Goza de autonomia administrativa equivalente ao Estado; Possui autonomia financeira e tributária; É capaz de auto-organização e autoadministração; Autonomia restritiva, uma vez que em determinados casos, o DF não possui autonomia acerca de certos órgãos.

1.3.2 Competência dos Entes Federados quanto à Saúde

E afinal, a quem compete cuidar da saúde pública? A saúde é dever do Estado, sendo que não existe um dispositivo constitucional taxativamente enumerado que disponha a quem caberá tal responsabilidade. Portanto, como Estado compreende-se todos os Estados-Membros da Federação, ou seja, a saúde é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tratando-se de competência comum, sendo tarefa de todos os entes federados.¹³⁰

¹²⁶ MORAES. Op. Cit. p. 277.

¹²⁷ MENDES; BRANCO. Op. Cit. p. 878

¹²⁸ LENZA. Op. Cit. p. 449.

¹²⁹ DALVI. Op. Cit. p. 285-288.

¹³⁰ SCHWARTZ, Gernano. **O tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 103.

O artigo 23, inciso II, da Constituição Federal de 1988 regula acerca da competência no que tange à saúde pública. Dallari assinala:

A conclusão inevitável do exame da atribuição de competência em matéria sanitária é que a Constituição Federal vigente não isentou qualquer esfera de poder política da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde. Assim, a saúde – ‘dever do Estado’ (art.196) – é responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.¹³¹

A Constituição Federal de 1988 atribuiu competência a respeito da proteção e desenvolvimento da saúde para legislar a todos os entes federativos, de forma concorrente, de maneira que a União legisla sobre normas gerais, os Estados e Distrito Federal de maneira complementar e os Municípios, conforme suas peculiaridades.

Entende-se que assim o sistema objetivava delinear constitucionalmente, no caso da saúde pública, o que competia a cada ente, para que cada região pudesse ter tratamento adequado e o atendimento à saúde não deixasse de ser prestado pelo mero fato de não existir legislação que o abarcasse. Desta forma assim estabeleceu: à União responde pelas competências previstas nos artigos 22, 23 e 24; aos Estados os artigos 23, 24 e 25; ao Distrito Federal corresponde o artigo 32, § 1º; e aos Municípios as competências enumeradas nos artigos 23 e 30; todos da Constituição Federal de 1988.

Para Silva¹³² competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões e divide-se, em regra, a competência pela predominância do interesse.

A ideia de que se divide a competência conforme a predominância de interesse não é uma premissa pacífica em que pese a extensão do território brasileiro impossibilitar que leis gerais consigam abarcar todo o território, acabando por enfatizar apenas algumas regiões. No entanto, assim o previu o legislador constitucional ao orientar ser de competência nacional matérias, *a priori*, interessantes a todo o território brasileiro, e os Estados e Municípios matérias específicas aos mesmos.

Assim, o legislador constitucional nominou as competências para legislar pertinente à matéria saúde como sendo competências exclusivas e/ou privativas. Diferencia-se uma da outra pelo fato de a primeira se referir à competência indelegável a outro órgão legislativo, enquanto que a segunda pode ser delegável. No entanto, tanto no caso das competências exclusivas como nas privativas não existem grau de hierarquia entre elas, ou seja, o Município

¹³¹ DALLARI. Op. Cit. p.42.

¹³² SILVA. Op. Cit. 1992, p. 402 e 403.

ao legislar privativamente sobre matéria de saúde, específica para sua região, não está subordinado ao que diz seu Estado sobre a mesma temática e nem ao que diz a União, por ser o assunto de interesse local.

Conforme Souza¹³³, essa forma de repartição das competências decorre do modelo de federalismo adotado pelo Brasil na Carta de 1988. No chamado federalismo clássico ou dual, conjugam-se competências enumeradas e remanescentes, sendo discriminadas, expressamente, as competências do poder central, remanescendo tudo quanto não for expresso para as esferas de poder regional ou local. A repartição de competências, neste caso é horizontal. É exemplo desse modelo a Constituição Americana de 1787, em sua origem. As constituições de Weimar, de 1919, e austríaca, de 1920, são tidas como as que inauguraram o federalismo cooperativo. Nesse modelo, se defere ao poder central a competência para a edição de normas gerais a serem observadas nacionalmente, e aos poderes regionais, competência para suplementá-las de acordo com o interesse local, a distribuição aqui é vertical. A Constituição da Índia, de 1950, misturou os dois modelos; coexistindo competências exclusivas do poder central, competências exclusivas do poder regional e competências concorrentes.

Conforme Custódio Filho (1988, p.54-56) apud Souza¹³⁴, a Constituição Brasileira de 1988 optou por um modelo semelhante ao indiano, pois conjuga matérias de competência privativa ou exclusiva de determinado ente (distribuição horizontal) e matérias onde deve haver cooperação ou coordenação entre os três níveis da federação (distribuição vertical). A distinção é pertinente, pois, em caso de conflito de competências, é o tipo de distribuição (vertical/horizontal) que informará a solução. Se a matéria versar sobre competências distribuídas no regime de cooperação a distribuição é vertical, há hierarquia, prevalecendo a norma nacional sobre a regional, e esta sobre a local. Se a matéria versar sobre competências distribuídas em regime de exclusividade ou privativo não há hierarquia e prevalece a vontade do ente para o qual foi arrolada a competência sobre a dos demais, seja Município sobre o Estado ou este sobre a União .

Bercovici (2003, p.156) apud Souza¹³⁵ menciona que o federalismo cooperativo é o adequado ao Estado Social. Sendo este um Estado intervencionista, voltado para a

¹³³ SOUZA, Mauro Luís Silva. **A responsabilidade do Prefeito na concretização do direito Fundamental à saúde**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id536.htm>>. Acesso em: 18/11/2011.

¹³⁴ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **As competências do Município na Constituição Federal de 1988**. In: SOUZA, Mauro Luís Silva. Op. Cit.

¹³⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. In: SOUZA, Mauro Luís Silva. Op. Cit.

implementação de políticas públicas, os níveis local e regional não têm como decidir sobre inúmeras tarefas da atuação estatal que necessitam de tratamento nacionalmente uniforme, notadamente no campo econômico e social, que necessitam unidade de planejamento e direção. Portanto, ao invés de o Estado Social estar em contradição com o Estado federal, ele influi de maneira decisiva no desenvolvimento do federalismo atual.

Segundo CONOF/CD,¹³⁶ em regra, o sistema federativo mostra-se adequado em países marcados pela diversidade e heterogeneidade, por respeitar valores democráticos em situações de acentuada diferenciação política, econômica ou social. Todavia, esse tipo de sistema torna mais complexa a implementação de políticas sociais de abrangência nacional, particularmente nos casos em que a diversidade se refere à existência de desigualdades e de exclusão social.

1.4. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE À EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO ESTATAL

Política pública pode ser definida como uma expressão polissêmica que compreende, em sentido amplo, todos os instrumentos de ação do governo. Refere-se às “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”.¹³⁷

Bucci compreende as políticas públicas como programas de ação do governo com o intuito de coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, com a finalidade de realizar os objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.¹³⁸

Há nos dias atuais, uma íntima relação entre políticas públicas e orçamento público, pois “a decisão de gastar, é fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas”.¹³⁹

¹³⁶ Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados (CONOF/CD). Saúde no Brasil: História do Sistema Único de Saúde, arcabouço legal, organização, funcionamento, financiamento do SUS e as principais propostas de regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, de 2000. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividadelegislativa/orcamentobrasil/orcamentouniao/estudos/2011/nt10.pdf>>. Acesso em: 20/11/2011. p.6.

¹³⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RT, 2006, p. 251.

¹³⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

¹³⁹ OLIVEIRA. Op. Cit. p. 243.

Torres afirma que “o relacionamento entre políticas públicas e o orçamento é dialético: o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário (...).¹⁴⁰

Em um Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento tem a função de instrumentalizar as políticas públicas para concretizar os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal.

Percebe-se ao longo da história que o estudo do direito tem caminhado, constantemente, em direção a uma maior limitação do poder estatal e a uma proteção mais eficaz aos direitos fundamentais do homem, fato este que decorre da luta em defesa de novas liberdades em detrimento do que outrora fora estabelecido no que tange ao poder.¹⁴¹

Destarte, como já anteriormente abordado neste trabalho, os direitos fundamentais de primeira dimensão, também conhecidos como direitos negativos ou de defesa, são aqueles que se destinam a limitar o poder do Estado em face do cidadão, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, à participação política, entre outros.

Os direitos de segunda dimensão, por sua vez, são chamados positivos ou prestacionais. São direitos sociais, econômicos e culturais e diferentemente dos direitos de primeira dimensão, que eram reconhecidos por se traduzirem na abstenção estatal, os direitos de segunda dimensão impõem ao Estado o dever de atuação efetiva para a sua garantia, devendo o Estado atuar positivamente, dispondo de efetiva atuação material, a qual depende de investimento e previsão orçamentária.

Conforme Sarlet “os direitos de defesa – precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva – podem, em princípio ser considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção (vida, intimidade, liberdades, etc) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas”.¹⁴²

Mas seriam apenas os direitos prestacionais que envolvem custos ou seriam todos os direitos fundamentais?

¹⁴⁰ TORRES. Op. Cit. p. 110.

¹⁴¹ Acerca do tema ver : BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 263.

De acordo com um trabalho realizado pelos professores Holmes e Sunstein¹⁴³ - na obra *The cost of rights: Why liberty depends on Taxes* - os custos não se limitam aos direitos prestacionais, de segunda dimensão.

Nesse sentido, leciona o professor Nabais:

Do ponto de vista do seu suporte financeiro, bem podemos dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua proteção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros.¹⁴⁴

As premissas doutrinárias referentes ao efetivo âmbito de proteção da regra constitucional do direito à saúde decorrem, principalmente, da essência prestacional desse direito e da necessidade de se compatibilizar o que doutrinariamente se convencionou chamar de “mínimo existencial” e “reserva do possível”.¹⁴⁵

O mínimo existencial, como direito fundamental, deriva da própria Constituição, sem que precise de lei para regulamentá-lo e está intimamente relacionado à pobreza absoluta, assim compreendida como aquela que deve ser combatida pelo Estado, contrariamente à pobreza relativa, que depende da situação econômica do país, sendo sanada em consonância com o orçamento.¹⁴⁶

Por sua vez o conceito de reserva do possível pode ser entendido como um conceito basilarmente econômico, decorrente da constatação de que são os recursos escassos, tanto públicos como privados, em face das necessidades humanas: sociais, coletivas ou individuais. Além de que os indivíduos, no momento em que fazem suas escolhas e elegem prioridades, sopesam os limites financeiros de suas disponibilidades econômicas. Valendo-se da mesma premissa as escolhas públicas, que devem ser feitas internamente ao Estado pelos órgãos competentes para fazê-las.¹⁴⁷

¹⁴³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: Why liberty depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Co., 1999.

¹⁴⁴ NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**, p. 12. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/Publicações/Artigos/0504202JoseCasaltaAfaceocultadireitos01pdf>>. Acesso em: 13 de novembro de 2010.

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar. **Suspensão de Tutela Antecipada 278-6 Alagoas**. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA278.pdf>. Acesso em: 13 de novembro de 2010, p.5.

¹⁴⁶ PORTELA, Simone de Sá. **Considerações sobre o Conceito de Mínimo existencial**. 2007. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/2400/1/Consideraccediltildees-Sobre-O-Conceito-De-Miacutenimo-Existencial/pagina1.html#ixzz15yWFkyVY>>. Acesso em: 09/11/2010

¹⁴⁷ NUNES, Antonio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 97.

Trazendo a conceituação e os entendimentos anteriormente levantados para o Direito à saúde pode-se afirmar que o mesmo está inserido no artigo 6º da Constituição Federal Brasileira, sendo um direito social e como tal, as normas que o regulamentam possuem caráter programático, as quais dependem de lei prévia e por isso são sujeitas ao conceito de reserva do possível.

Os recursos públicos são escassos, devendo primeiramente ser garantidos os direitos fundamentais, levando-se em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, mas sempre sopesando a forma de atingir a coletividade e não o sacrifício de todos em nome de um.

Nessa linha de análise Mendes argumenta que o Poder Judiciário, o qual realiza a justiça no caso concreto, microjustiça, por algumas vezes, não possuiria condições de saber as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo.¹⁴⁸

Leal citando que:

[...] quando se fala em saúde pública e em mecanismos e instrumentos de atendê-la, mister é que se visualize a demanda social e universal existente, não somente a contingencial submetida à aferição administrativa ou jurisdicional, isto porque, atendendo-se somente aqueles que acorrem de pronto ao Poder Público (Executivo ou Judicial), pode-se correr o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, por absoluta falta de informações ou recursos para fazê-lo.¹⁴⁹

O professor Heinen certifica que os recursos na área da saúde são infinitamente menores que o necessário para atender a sistematização proposta pelo SUS dizendo que “[...] se a escassez é notória, (não há recursos públicos para atender a todos), a decisão judicial nada mais faz do que escolher quem será ou não atendido e quem será ou não excluído, criando um privilégio jamais encontrado na Constituição Federal”.¹⁵⁰

Nunes e Scaff, na mesma linha de raciocínio, se manifestam:

Adotar o procedimento de pleitear direitos individuais de saúde, sob o pálio do art. 196, seria transferir ao Poder Judiciário a fila de atendimento do SUS (ou ainda pior do que ela em face da morosidade deste Poder), sendo que de forma injusta, pois

¹⁴⁸ MENDES. Op.cit. p. 7

¹⁴⁹ LEAL, Rogério Gesta. **A Efetivação do Direito à Saúde – por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades.** In Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. v.6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. p.71.

¹⁵⁰ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica.** Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/>. Acessado em 10 de novembro de 2012.

este não tem um critério de distribuição universal e simultâneo, distribuindo justiça apenas a quem lhe pede.¹⁵¹

Sobre a temática interessante mencionar a decisão judicial anexa, devido sua complexidade e sua impossibilidade de cumprimento, pois o município necessitaria utilizar todo o seu orçamento fugindo dos princípios constitucionais e legais para cumprir tal decisão judicial.¹⁵²

¹⁵¹ NUNES; SCAFF. Op. Cit. p. 133.

¹⁵² “Invocando expressamente a autoridade da jurisprudência do STF, um Juiz de Maceió (Ação Civil Pública, Processo nº 090.08.500162-7, 27.10.2009) decidiu favoravelmente um pedido do Ministério Público, condenando o Município a cumprir integralmente o extenso e complexo programa definido na sentença com o objetivo de retirar de condições de miséria material e moral crianças das zonas lagunares de Maceió. E como a liminar antes concedida não tinha sido integralmente cumprida, o Juiz determinou o bloqueio de um milhão e quinhentos mil reais da rubrica de contingência do Município, mandou depositar essa importância em conta corrente no Banco do Brasil ou na Caixa Econômica Federal e confiou a movimentação dessa conta ao Ministério Público Estadual e do Trabalho. Em caso de incumprimento, o Juiz condenou ainda ao pagamento de multa diária o Município (R\$ 10.000,00), o prefeito (R\$ 300,00) e o Secretário Municipal de Ação Social (R\$ 200,00). Caberá nas competências do Ministério Público a gestão de dinheiros públicos retirados do orçamento de um Município? Vale apenas ler o programa definido pelo Juiz, que, ao elaborá-lo, se substituiu a meu ver, não só aos órgãos do Executivo, mas até a profissionais de outras áreas (técnicos de saúde, de serviço social, de segurança, etc.):

‘1- Formar uma comissão multidisciplinar de profissionais do Município, a serem acompanhados pelos autores [o Ministério Público] ou profissionais por eles indicados ou ainda pelo respectivo Conselho Tutelar da região, não componentes da estrutura deste juízo, para realizar um perfil sócio-econômico das crianças e adolescentes da comunidade da Orla Lagunar, no prazo de 90 (noventa) dias, identificando cada criança e adolescente pelo nome, idade, endereço, nome dos pais se possuem registro de nascimento ou qualquer outro documento de identificação, como sobrevivem, se passam fome, se já sofreram violência doméstica, se são vítimas de violência sexual, se estão na escola, se saíram da escola e por quê, se trabalham, se passam o dia na rua, se usam drogas, se seus pais são dependentes químicos, entre outras necessárias à identificação exata da situação de risco em que se encontram; 2- Oferecer condições adequadas, no prazo de 60 (sessenta) dias, para o funcionamento do Conselho Tutelar das Regiões I e II, dentre as quais: segurança, combustível em quantidade suficiente, computadores em perfeito estado, verba de custeio, pessoal de apoio e número telefônico gratuito (0800) para recebimento de denúncias de abuso, exploração e violência contra crianças e adolescentes, em caráter ininterrupto (24 horas), para que o referido Conselho possa exercer adequadamente suas atividades de proteção das crianças e adolescentes das regiões em que atuam, inclusive na comunidade da Orla Lagunar; 3- Apresentar um cronograma, em 30 (trinta) dias, para que seja ampliada a rede municipal de proteção à criança e ao adolescente, com a abertura de ABRIGOS para crianças e adolescentes, de ambos os sexos, em situação de risco, com até 18 ANOS INCOMPLETOS, com capacidade de atendimento das situações emergenciais identificadas no diagnóstico requerido no item 1 e deferido, a funcionar no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a partir do diagnóstico; 4 – Ofertar creche em horário integral e educação infantil, em quantidade suficiente a atender à população de 0 a 6 anos da referida comunidade, apresentando o Município cronograma de abertura das unidades necessárias e critérios para preenchimento das vagas à medida da abertura, em até 30 (trinta) dias a com prazo estipulado para funcionamento em no máximo 180 (cento e oitenta) dias; 5 – Assegurar as matrículas de todas as crianças e adolescentes em idade escolar de ensino fundamental, que não estejam matriculadas, imediatamente, a partir do levantamento inicial; 6- Apresentar propostas de políticas públicas a serem implementadas pelo Município com abrangência suficiente e ofertando soluções de curto, médio e longo prazo para a referida população, no prazo de 90 (noventa) dias após o resultado do perfil apresentado; 7 – Incluir no projeto de Lei Orçamentária de 2008 as verbas necessárias para implementação das políticas públicas a serem executadas no ano, bem como nos anos seguintes, observando-se as reais necessidades da população infanto-juvenil; 8 – Utilizar a reserva de contingência do Município, caso este não apresente rubrica orçamentária diversa para fazer face às despesas com o cumprimento das medidas liminares ora concedidas; 9 – Implementar ações visando à expedição de registros de nascimento das crianças, adolescentes e pais residentes na região para incluí-los em Programas Sociais e transformá-los em Cidadãos; 10 – Promover campanha permanente de conscientização, por intermédio dos mais diversos meios de comunicação, acerca da proibição do trabalho infantil, inclusive o doméstico, da prostituição infantil e males à saúde causados por drogas e, ainda, a importância do papel da

Por outra vertente, os que defendem a atuação do judiciário na concretização dos direitos sociais, especialmente quanto à saúde, alegam que tais direitos são indispensáveis para a materialização da dignidade da pessoa humana, manifestando que o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, não pode deixar de ser apreciado pelo judiciário.¹⁵³

Alexy manifesta-se sendo favorável a uma análise que considere os argumentos favoráveis e os contrários aos direitos sociais, raciocinando que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto as ideias favoráveis quanto às opostas. Tal modelo é a expressão da ideia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não, não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem torna-se dissidência de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.¹⁵⁴

Considerando os apontamentos acima elencados quanto à judicialização da saúde e o voto dissidente do Ministro Teori Zavascki¹⁵⁵, se questiona se o orçamento proposto para a saúde no Brasil, sem considerar questões judiciais, se apresenta de maneira suficiente? Não.

sociedade na denúncia destes temas ao Conselho Tutelar da Região, explicitando que o Conselho Tutelar para cumprir o seu papel deve encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança e do adolescente, dentre outros, assim considerado o trabalho infantil, nos moldes do art. 136, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)”. Conforme: Nunes; Scaff. Op. Cit. p. 43-44.

¹⁵³ MENDES. Op. Cit. p. 7

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511-512.

¹⁵⁵ “Destacou o Ministro que “não existe, na Constituição, direito subjetivo individual de acesso universal, incondicional, gratuito e a qualquer custo a todo e qualquer meio de proteção à saúde, médico ou farmacêutico.” O conteúdo do art. 196 da CF é o mesmo do previsto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992 (art. 12, §§ 1º e 2º). Disse ainda que cabe aos Poderes Legislativo e Executivo estabelecer e promover a execução das políticas públicas assim estabelecidas, bem como suprir sua inexistência ou insuficiência, se for o caso, com a garantia de prestação decorrente do direito a um mínimo existencial, o qual deve ser considerado como “o direito a uma prestação estatal que (a) pode ser desde logo identificada, à luz das normas constitucionais, como necessariamente presente qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida; e (b) é suscetível de ser desde logo atendida pelo Estado como ação ou serviço de acesso universal e igualitário”. Portanto, encerra o Ministro, à luz dos princípios democrático, da isonomia e da reserva do possível, não há dever do Estado de atender a uma prestação individual se não for viável o seu atendimento em condições de igualdade para todos os demais indivíduos na mesma situação”. Conforme: Nunes; Scaff. Op. Cit. p. 43-44. p. 112.

Soma-se a isso as premissas judiciais de conceder direitos que “desorganizam” toda a sistemática orçamentária proposta, qual solução resta. Talvez um aporte maior por parte do Estado, representado pelo ente federativo União, que possibilite que as políticas públicas na seara saúde possam ser executadas de maneira mais abrangente, além de um repensar no que compete exatamente ao sistema único de saúde financiar.

Alguns juristas descrentes que a saúde e a educação recebam um orçamento condizente com o mínimo essencial se manifestam de maneira enfática, como Nunes e Scaff:

Ocorre-me, contudo, dar uma sugestão ao final deste trabalho para garantir a efetividade de alguns dos direitos sociais, em especial os gastos em saúde e educação públicas. Não depende do Judiciário, mas do Congresso Nacional. Penso que resolveríamos grande parte dos problemas se fosse adotada a obrigação, certamente no âmbito constitucional, de que, quem fosse eleito devesse necessariamente usar os hospitais e as escolas públicas para si, seus filhos, netos e demais parentes. Seria uma injeção de estímulo na veia do SUS, que passaria a contar com mais recursos e melhor cuidado em sua aplicação—á sim, para todos.¹⁵⁶

Constitucionalmente existe previsão de direitos sociais mínimos, e são vastos. Há presciência também de regras orçamentárias básicas, que serão vistas no capítulo seguinte. Dentre o regramento constitucional orçamentário e a lei de responsabilidade fiscal é manifesto que a União, Estados, Municípios e Distrito Federal não podem realizar gastos sem previsão orçamentária que os suporte, ato este reprovável e passível de punição conforme legislação vigente. Considerando tal premissa, como pode o judiciário “ordenar” ao administrativo, mediante invasão a esfera administrativa, que realize gasto sem previsão orçamentária, mas se não o fizer, como serão efetivados direitos constitucionais em que o administrativo não prevê orçamento. A questão é capciosa devendo existir bom senso, tanto pelo administrativo como pelo judiciário para não fazer com que um ato de injustiça caracterizado pelo não garantir por parte do administrativo estatal direito constitucional assegurado a um indivíduo, que pede auxílio ao judiciário, gere um desequilíbrio orçamentário que impossibilite o agir estatal a coletividade.

Os direitos sociais foram evoluindo até a forma em que hoje se encontram, capazes de definir e criar um direito social à saúde que para ser efetivado necessita que o Estado disponha de um orçamento público, que será analisado no próximo capítulo.

¹⁵⁶ Antônio José Avelãs Nunes é professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra, sendo que foi diretor da Faculdade de Coimbra e Vice-Reitor, dentre vários outros títulos como Doutor Honoris Causa pela Universidade Federal do Paraná e de Alagoas. Fernando Facury Scaff é Doutor em Direito pela USP e Pós-Doutor pela Universidade de Pisa-Itália. Conforme: Nunes; Scaff. Op. Cit. p. 43-44. p. 135.

2. A QUESTÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO BRASILEIRO

O orçamento público brasileiro possui toda uma sistemática para ser feito, o que será demonstrado nesse capítulo, desde considerações acerca das despesas públicas até as receitas públicas, considerando-se a natureza contínua do aumento dos gastos públicos bem como maneiras de planejamento mais coerentes com as necessidades da população brasileira.

2.1 REFLEXÕES ACERCA DAS DESPESAS PÚBLICAS

O Estado, em seu princípio como instituição não utilizava arrecadação monetária, como se observa hoje. Quando havia a necessidade de realizar gastos, era requisitado aos cidadãos serviços ou bens, como acontecia, por exemplo, com a requisição de mão de obra dos moradores locais para construção de alguma obra de interesse do Estado. Em caso de necessidade de alojamento para abrigar pessoas do governo em um determinado local, de ofício requisitavam à casa que lhes interessasse. Sequencialmente, iniciou-se uma fase em que os agentes públicos eram remunerados pelos próprios usuários. Já no período clássico, o valor arrecadado era utilizado apenas para cobrir gastos específicos do governo, onde vigorava a figura do estado mínimo. Hodiernamente, o Estado vive a fase intervencionista, em que promove a distribuição de renda.¹⁵⁷

Segundo Baleeiro¹⁵⁸, a expressão “despesa pública” tem duas possíveis conceituações: 1) “designa o conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de Direito público, para o funcionamento dos serviços públicos”; 2) “A aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro de uma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo”.

A primeira conceituação entende que a despesa pública é parte do orçamento, estando nesta peça todas as autorizações para gastos pelo Estado em sua atividade, enquanto que a segunda pressupõe a ideia de organização do Estado, através de sua máquina administrativa, para desenvolvimento e custeamento dos serviços públicos. Menciona Baleeiro¹⁵⁹, que no momento em que o Estado precisa decidir em que irá gastar os recursos que disponibiliza

¹⁵⁷ PETTER, Lafayette Josué. **Direito Financeiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 132.

¹⁵⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 73.

¹⁵⁹ Id. Ibid. mesma página.

deveria se pautar no Princípio da Máxima Vantagem Social¹⁶⁰, embora a observação dos fatos demonstre que o critério utilizado para satisfação das necessidades coletivas é mais o político e menos o racional da máxima vantagem social¹⁶¹. Este princípio, como o próprio nome já diz, preconiza que os recursos públicos devem ser aplicados no que possibilitar um maior ganho social para a coletividade, mesmo que implique em déficit orçamentário.

Harada diz que: “O importante é ressaltar que a despesa pública há de corresponder, invariavelmente, a um dispêndio relacionado com uma finalidade de interesse público, que é aquele interesse coletivo, encampado pelo Estado”¹⁶². Defende-se aqui a ideia de que a despesa pública deve estar atrelada a sua finalidade, que, por sua vez, deve ser pertinente com as necessidades da população.

Por dispositivos existentes na Constituição Federal de 1988, as despesas realizadas pelo Estado precisam ser autorizadas antes de realizadas. Essa autorização é concedida no orçamento através das dotações orçamentárias, sendo que, em hipótese alguma deve a autoridade executiva destinar recurso para fim diverso do estipulado em orçamento, pois tal ato pode caracterizar crime.

É vedada, também, a vinculação de recursos de impostos a despesas públicas, exceções para esta vedação são feitas pela própria Constituição Federal de 1988, como no caso de percentuais mínimos dos recursos advindos dos impostos serem vinculados à aplicação na educação e na saúde. Conforme artigo 167, IV, com redação dada pela Emenda n. 42/2003, também é possível a vinculação de recursos dos impostos a despesas públicas no caso de realização de atividades da administração tributária, bem como a prestação de garantias nas operações de crédito por antecipação de receita.

Existem alguns serviços públicos que não geram despesas ao Estado, em vista de seu caráter honorífico, como por exemplo: o serviço de mesário nas eleições e o de jurado no Tribunal do Júri. No entanto, raros são os casos de serviços públicos que não são remunerados, tendo estes serviços à característica de temporariedade e alguns benefícios da legislação para quem os pratica, como é o caso de quem trabalha nas eleições como mesário tem o direito de se ausentar do trabalho o dobro dos dias cedidos ao auxílio nas eleições (Lei n. 9.504/97, artigo 98 e Resolução n. 22.424/2006), além de critérios favoráveis de desempate

¹⁶⁰ O Princípio da Máxima Vantagem Social foi introduzido pelo economista britânico Hugh Dalton e propõe que o governo intervenha na economia todas as vezes que puder aumentar o número de bens e serviços, ocasionando assim o aumento no número de empregos e melhora na distribuição de renda, mesmo que para tal, o orçamento público apresente um *déficit*.

¹⁶¹ BALEEIRO. Op. Cit. p.77 e 78.

¹⁶² HARADA. Op. Cit. p. 21.

em concursos públicos. Tirando os citados, os serviços públicos de uma maneira geral geram gastos públicos.

Petter afirma que as despesas públicas podem ser vistas por três naturezas diferentes, sendo elas: econômica, jurídica e política.

A) Econômica: o dispêndio, a saída de riquezas do Estado e a repercussão na vida econômica privada, decorrente das receitas auferidas pelos particulares”. B) Jurídica: a autorização legal dada pelo poder competente (orçamento) e a adequação da lei anual às demais leis orçamentárias e à normatividade cogente, inclusive através de resoluções do Senado Federal. C) Política: a finalidade de satisfação das necessidades públicas. A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação (necessidades), descrevendo-o no projeto orçamentário. Uma vez estabelecidas prioridades, mediante autorização legislativa (aprovação da lei orçamentária), pode operar-se a despesa (saída de dinheiro). Nenhuma despesa pode ser efetuada sem a prévia autorização legislativa. Verdade é que quanto mais democrática for uma sociedade tanto mais as despesas públicas serão realizadas levando em consideração o interesse da maioria. Ao contrário, se uma elite domina o poder, tudo fará para que as despesas só contemplem seus interesses¹⁶³.

São várias as classificações possíveis das despesas públicas, no entanto utilizar-se-á as mais citadas pelos estudiosos sobre a temática. Ramos Filho cita que quanto à periodicidade (duração), podem ser as despesas ordinárias ou extraordinárias. As primeiras são aquelas rotineiras dos serviços públicos e que são renovadas a cada exercício. Já as extraordinárias são as despesas não previstas nos orçamentos públicos com dotação própria, acontecem esporadicamente.¹⁶⁴

Harada, no mesmo sentido, conceitua despesas extraordinárias como “aquelas imprevisíveis e urgentes a serem atendidas mediante abertura de créditos extraordinários tendo como fontes a arrecadação de tributos de natureza temporária: empréstimo compulsório (artigo 148, I, da CF) e impostos extraordinários (artigo 154, II, da CF)”.¹⁶⁵

A Lei n. 4.320/64 classifica a despesa pública utilizando um critério econômico, dividindo as despesas em correntes e de capital, conforme se observa abaixo:

As despesas correntes, por seu turno, se dividem em despesas de custeio e transferências correntes. As despesas de custeio compreendem as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis (art.12, § 1º), nelas se incluindo as despesas de pessoal, de material, de consumo, de serviço de terceiros etc. Classificam-se como transferências correntes as dotações para despesas às quais não

¹⁶³ PETTER. Op. Cit., p. 136.

¹⁶⁴ RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 93.

¹⁶⁵ HARADA. Op. Cit. p. 33.

corresponde contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manutenção de outras entidades de direito público ou privado (art. 12, § 2º), nelas se incluindo as subvenções sociais e econômicas, as despesas com inativos, as pensões, as transferências intergovernamentais e os juros da dívida contratada.

As despesas de capital se classificam em investimentos, inversões financeiras e transferências de capital. Investimentos são as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis a elas destinados (art. 12, § 4º). Classificam-se como inversões financeiras as dotações destinadas à aquisição de imóveis ou de bens de capital já em utilização ou à aquisição de títulos representativos do capital de empresas ou entidades de qualquer espécie (art. 12, § 5º). São transferências de capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especial anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.¹⁶⁶

A legislação exige uma sistemática para a realização da despesa pública com o intuito de que seja ela realizada com o maior beneficiamento possível da população. Desta feita, devem-se seguir vários princípios quando da organização para realização da despesa, sendo alguns deles: princípio da publicidade, da transparência e da economia. Assim como nos negócios privados, a administração pública também pretende ter lucros, mas não no sentido financeiro (o mais procurado no caso de empresas privadas), mas o lucro social, o maior e melhor resultado possível com o mínimo gasto de recursos. Para tal, a despesa pública precisa seguir uma série de requisitos legais, como se observa na obrigatoriedade em licitar para a compra de bens e serviços.

O conceito de licitação é apresentado com suas peculiaridades por vários doutrinadores em específico. No entanto, adotar-se-á como critério informativo o conceito elaborado por Melo, no qual a licitação é tida como o certame obrigatório às entidades governamentais, abrindo aos interessados em se relacionarem com a administração pública a possibilidade de apresentarem suas propostas e competir pela contratação do ente público. Com isto, trava-se específicas relações de conteúdo patrimonial, escolhendo a proposta de maior vantagem às conveniências públicas, conforme Melo explica: “[...] Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”.¹⁶⁷

O regulamento das licitações é válido para os três entes federados, e está previsto na Lei n. 8.666/93, com as alterações feitas pela Lei n. 8.883 de junho de 1994. Existem também

¹⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. p. 194.

¹⁶⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição, rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 04.02.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

algumas regulamentações na Lei Complementar n. 123 de 2006 que da alguns benefícios licitatórios as micro e pequenas empresas. A Lei n. 10.520 de 2002 criou, na âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a modalidade de licitação presencial ou eletrônica denominada Pregão. Sua regulamentação é dada pelo Decreto n. 3.555, de 08 de agosto de 2000, posteriormente alterado pelos Decretos n. 3.693, de 20 de dezembro de 2000 e n. 3.784, de 06 de abril de 2001.¹⁶⁸

São modalidades licitatórias a antiga Carta Convite, hoje denominada apenas Convite, Tomada de Preços, Concorrência, Leilão e Concurso. Estas modalidades licitatórias são meios pelos quais deve o agente público realizar os gastos necessários, seguindo os critérios definidos em Lei.¹⁶⁹

Quando a lei cria procedimentos específicos para a contratação de serviços pelo Estado, gera-se o chamado gasto público. Este, deve estar de acordo com objetivos específicos, dentre os quais, inibir as contratações fraudulentas entre os entes federados, ou qualquer entidade que possua dinheiro público, e a esfera privada.

As modalidades licitatórias são escolhidas na maioria das vezes com base no valor estimado do gasto público a ser realizado. A Lei Nacional de Licitações (Lei n. 8.666/93) prevê várias especificidades para cada procedimento licitatório, quanto maior for o valor estimado para o gasto, maiores as garantias de publicidade, clareza e competitividade exigidas pela norma. Somente após o procedimento licitatório, sua dispensa ou inexigibilidade, realizar-se-á o gasto público propriamente dito.

A despesa pública se concretiza através de três institutos, quais sejam: o empenho, a liquidação e o pagamento. O empenho é o ato pelo qual se separa uma quantia específica para o pagamento da despesa, sendo que não é permitido realizar despesa alguma sem o seu devido empenho. A liquidação também é feita pela Administração Pública, que confere se os documentos estão corretos e se o objeto ou serviço adquirido foi cumprido, calculando o valor a pagar e nominando o credor.¹⁷⁰

Já o pagamento é o ato final da despesa pública, que só ocorre após o empenho, a realização da contratação do prestador de serviço ou vendedor do bem e a liquidação. O

¹⁶⁸ A Lei n. 8.666/93 possibilitava cinco modalidades licitatórias, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. A nova modalidade licitatória denominada pregão surgiu como uma alternativa as modalidades até então vigentes, pois não possui um valor mínimo ou máximo, simplesmente possibilita a aquisição de bens e serviços comuns, e muita das vezes é feita através de sistema eletrônico.

¹⁶⁹ BRAZ, Petrônio. **Manual do Assessor Jurídico do Município**. Teoria e Prática. Campinas, SP: Servanda Editora, 2009. p.1104.

¹⁷⁰ JUND, Sérgio. **AFO, Administração Financeira e Orçamentária: Teoria e 750 questões**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.176 a 178.

pagamento é autorizado pelo ordenador de despesas do órgão público e é efetuado mediante cheques nas secretarias contábeis dos órgãos, devendo ser retirado nos bancos conveniados.¹⁷¹

2.1.1 O Contínuo aumento nas despesas

Desde que se iniciou a institucionalização dos “Estados modernos sobre as ruínas do mundo feudal as finanças foram perdendo o seu caráter secreto. A atenção dos pensadores e dos homens públicos se deteve no fato de crescerem ininterruptamente as despesas públicas”.¹⁷² Isto se deu porque os tempos modernos visualizam uma crescente intervenção do Estado em todos os setores, quer seja na função regulatória, na participativa, na cooperativa, ou até mesmo, em alguns casos se percebe o Estado desempenhando funções antes consideradas apenas como pertencentes à esfera privada. Este contínuo aumento de despesas públicas pode ser percebido também em países de economia de livre iniciativa e de economia de mercado.¹⁷³

Afirma Giacomoni, que normalmente se atribui ao economista alemão Adolf Wagner o primeiro estudo referente ao aumento das despesas públicas, datado de 1880, com a “Lei do Crescimento Incessante das Atividades Estatais”. Esta Lei pregava que o crescimento da renda dos países industrializados era sempre inferior ao crescimento do setor público, de maneira que a participação relativa do governo na economia crescia como se no ritmo do crescimento econômico do país estivesse.¹⁷⁴

Para Oliveira, o Estado brasileiro possui um constante aumento nas despesas devido às novas necessidades da população. Relata que nos primórdios civilizatórios a essencial exigência da sociedade era a segurança. Com o desenvolvimento e organização dos amontoados populacionais surgem novas variáveis como saúde, educação, meios de transporte, de comunicação, exigindo um maior aprimoramento do Estado. Cita ainda, que Jéze analisa a temática e propõe quatro possíveis causas primordiais de aumento das despesas públicas, a saber:¹⁷⁵

¹⁷¹ Id. Ibid, mesma página.

¹⁷² BALEEIRO. Op. Cit. p.87.

¹⁷³ Id. Ibid. mesma página.

¹⁷⁴ GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p.7.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes De. **Gastos Públicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 16.

Econômica, na qual está incluída: aumento das necessidades públicas devido ao progresso da riqueza econômica e do crescimento cultural das pessoas. **Ordem Social**, que engloba a forma como se portam os indivíduos que vivem nesse país, subindo as despesas, exemplificando com o paternalismo. **Ordem política**, as instituições que são democráticas favorecem o encarecimento das despesas. Por derradeiro, classifica a quarta causa como **financeira**, que ocorre com o equilíbrio das receitas, em que o Estado precisa equilibrar despesas e receitas, criando um orçamento responsável.¹⁷⁶

As despesas de uma nação atenderão a realidades econômicas objetivas, embora a tomada de decisão por parte dos governantes é subjetiva. No entanto essa subjetividade deve ser pautada na maior objetividade possível, dependente do que o Estado conhece de sua nação nacionalmente e internacionalmente. O Estado possui informações referentes ao mercado, como está seu funcionamento, avaliando quais serão os gastos públicos que terão melhores resultados para o bom andamento do país. Posteriormente ao Estado decidir quais são os objetivos eleitos para auxiliar no desenvolvimento do país, há de estabelecer um limite de gastos para cada área de interesse público escolhido.¹⁷⁷

Conforme proposta orçamentária de 2013, a União estimou sua receita em R\$ 2.250.868.084.933,00 (dois trilhões, duzentos e cinquenta bilhões, oitocentos e sessenta e oito milhões, oitenta e quatro mil, novecentos e trinta e três reais) e fixou a despesa em igual valor.¹⁷⁸

Entende-se que as despesas só podem aumentar de acordo com o preconizado na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101 de 4 de maio de 2000) e na Constituição Federal de 1988. Para o aumento nas receitas, faz-se necessário investir em educação e saúde, reformas de base, que propiciam uma melhora na qualificação. Porém o investimento não pode ser feito de qualquer maneira, é necessário que seja um investimento gerenciado, minimizando custos e maximizando resultados.

Sabe-se que com o desenvolvimento, os custos de manutenção do Estado aumentam e, em um país como o Brasil, isto não é acompanhado pelas receitas, o que obriga o Estado a se adaptar às novas necessidades, equilibrando as receitas e despesas, com o intuito de obedecer a Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹⁷⁶ JÈSE, Gaston. **Cours Élémentaire de science des finances Et de législation financière française**. Paris: Giard & Brière, 1909. p. 382 *apud* OLIVEIRA, Regis Fernandes De. **Gastos Públicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 16 e 17.

¹⁷⁷ OLIVEIRA.Op. Cit., 2012, p. 18.

¹⁷⁸ BRASIL. Projeto de Lei Orçamentária para o ano de 2013. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa2013/Volume_1.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

Um exemplo disso é o envelhecimento da população brasileira, que demanda um investimento maior em saúde e infraestrutura, sem falar nas necessidades de cunho previdenciário, devendo o Estado fazer escolhas coerentes com as perspectivas da nação.

Hoje o Estado investe em aparato para a Copa do Mundo e para as Olimpíadas, sendo deixado de lado o investimento em educação e saúde. Isto não significa dizer que o investimento em Estádios é um “mau negócio”, visto que sediar uma Copa do Mundo e as Olimpíadas trará notoriedade ao país, e, conseqüentemente, se bem sucedido, poderá aumentar o turismo, trazendo mais capital estrangeiro. Ainda assim, tal escolha implica em capital de investimento direcionado a objetivos considerados hoje de pequena necessidade. Pois, o Brasil é um país de relativo capital de investimento, obrigando que os administradores e o legislativo façam escolhas de “menor relevância social”, prejudicando setores carentes e de extrema necessidade como a saúde e a educação.

A problemática surge no sistema atual em que os políticos brasileiros trabalham suas políticas públicas mais de maneira imediatista, em vez de buscar trabalhar com perspectivas de longo prazo. Isto porque, o modelo paternalista ainda está arraigado às raízes da Administração Pública brasileira. O caráter social teria prioridade se o orçamento público fosse investido em maior parte na educação, em pesquisas que podem gerar patentes, em prevenção de doenças etc.

Deve-se avaliar cuidadosamente as políticas públicas empregadas através dos programas de governo, pois o empoderamento, o qual é concedido aos legisladores por meio do sufrágio universal, tem o compromisso com a vontade do povo e não com seus interesses privados:

Poder é cada vez menos o direito de fazer morrer e cada vez mais o direito de intervir para fazer viver, e na maneira de viver, e no “como” da vida, a partir do momento em que, portanto, o poder intervém sobretudo nesse nível para aumentar a vida, para controlar seus acidentes, suas eventualidades, suas deficiências, daí por diante a morte, como termo da vida, é evidentemente o termo, o limite, a extremidade do poder.¹⁷⁹

Partindo da premissa apontada por Foucault sobre a ideia de poder, deve-se pensar e repensar os gastos públicos para “fazer viver”, alcançando toda a população e não só o ápice da sociedade brasileira, ou seja, não somente os financeiramente abastados. Isto porque, na maioria das vezes, esses não fazem uso exclusivo dos serviços públicos, mas sim dos particulares, no que diz respeito à saúde, à educação e à segurança. Além disso, são adeptos do

¹⁷⁹ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade**. Rio de Janeiro: Graal, 2010, p. 296.

ideal de Estado mínimo, ou seja, de uma menor interferência do Estado em suas atividades. Oliveira relata outro fator que altera o gasto público: o “caráter sacro que impulsiona a decisão”, isto é, “a sacralização, primeiro da religião e depois do direito, leva à preponderância do discurso e do papel que cada qual desempenha na sociedade”¹⁸⁰. Muitas das vezes as escolhas de alocações de recursos estão pautadas mais em apelos de autoridade do que no que na demanda social, e ainda, tais escolhas acabam se tornando regra e não exceção, já que são aceitas pela sociedade como fato rotineiro.

Exemplifica-se com um caso hipotético em que determinado hospital público resolve montar um centro de tratamento de câncer infantil. No entanto toma essa decisão não porque a região precisa de tratamento especializado em câncer, mas sim porque determinado grupo, que possuía muita influência no local, assim o queria. Quando isso ocorre, acaba deixando de lado, por exemplo, a construção de uma ala para cuidar de bebês prematuros, que teria uma necessidade regional maior, por não haver disponibilidade de recursos para a instalação dos dois serviços.

O que se observa, nesse exemplo, é que, embora a população regional precisasse mais de uma unidade intensiva para bebês prematuros, receberia uma ala para oncopediatria. Demonstra-se assim, que a vontade do particular, ou seja, de uma classe, sobrepõe-se à demanda social, visto que aqueles, por terem maior influência política, têm seu pedido atendido, em vez da real necessidade da população.

Os gastos públicos podem ser aumentados pela confusão entre público e privado, em que governantes confundem o patrimônio público (objeto governado) com o patrimônio privado, fazendo uso dos bens públicos para interesses particulares. Pode haver este tipo de confusão no caso de Prefeitos que pessoas próximas, com vinculação pessoal, como donos de laboratórios e decidem fazer uso de medicamento somente deste laboratório. Ou ainda, prefeitos, que possuem terrenos em locais sem infraestrutura, decidindo reestruturar o perímetro das proximidades em detrimento de outras mais necessitadas e toda espécie de escolha de alocação de recursos públicos pensando mais no interesse individual particular do que no coletivo, no social.¹⁸¹

Mendes lista noventa e uma propostas para tornar o gasto público mais eficiente, dentre elas a redução das “despesas obrigatórias”, como: subsídios públicos as aposentadorias e pensões; extirpar o abono-salarial; remover estímulo a não contribuição para a previdência como no caso de maiores de 65 anos que não contribuíram receberem salário-mínimo; gerar

¹⁸⁰ OLIVEIRA. Op. Cit., 2012, p. 76.

¹⁸¹ OLIVEIRA. Op. Cit., 2012, p. 76.

mecanismos privados de seguro-desemprego; reformulação ou ainda extinção do sistema do FGTS e outras. “Instituir uma política de Pessoal de Longo Prazo”, através de várias ideias apresentadas como redução do número de cargos em comissão; “Conter a Despesa dos Poderes Autônomos (Legislativo, Tribunal de Contas, Judiciário, Ministério Público)” utilizando várias proposições que auxiliariam a contenção.¹⁸²

Mendes continua sugerindo que deveria se “Reduzir e racionalizar as Transferências a Estados e Municípios” apontando para isso seis observações:

1) “Royalties e Participações especiais sobre exploração de Petróleo: Distribuição mais eficiente e voltada para a compensação das Gerações Futuras”; 2) “Estímulo à Formação e Sustentabilidade dos Consórcios Intermunicipais”; 3) “Implementação Plena e Aperfeiçoamento à Lei de Responsabilidade Fiscal”, “Orçamento mais realista e transparente, Equilíbrio Fiscal sem Necessidade de Contingenciamento”; 4) “Ação do Tribunal de Contas da União com maior ênfase no controle gerencial (auditorias que redundem em economia e eficiências dos programas em andamento), e diminuição da importância dos julgamentos de contas do passado”; 5) “Ampliação dos sistemas de compras via pregão eletrônico”; e, 6) “Reduzir os custos de campanha e o uso do gasto público com finalidade eleitoral”.¹⁸³

Para todos estes temas, sugere o referido autor, um total de noventa ideias que auxiliariam nas mudanças sugeridas. E ainda, acrescentaria nestas premissas que os gastos públicos sejam fiscalizados por agentes que parem de avistar a corrupção com “olhos míopes”, penalizando mais efetivamente quem a pratica, além de utilizar parte do enxugamento da máquina administrativa em prol da saúde e educação brasileiras. Isso garantiria melhorias de base que resultariam em desenvolvimento para o país, e, proporcionalmente, maiores receitas, assunto do próximo tópico.

2.2 RECEITAS PÚBLICAS

Na visão de Bastos, a atividade financeira estatal pode ser traduzida no esforço feito pelo Estado para obter recursos na gestão e sua possível aplicação, sendo um exercício importante por tornar possível a existência das demais atividades estatais¹⁸⁴.

O Estado tem algumas finalidades, dentre elas, pode-se citar: a manutenção da ordem interna, a segurança perante inimigos externos, a aplicação do direito aos casos submetidos à

¹⁸² MENDES, Marcos (org.). **Gasto Público Eficiente: 91 Propostas para o Desenvolvimento do Brasil**. Editora Topbooks. Rio de Janeiro: 2006. p. 17 a 31.

¹⁸³ Id. Ibid. p. 17 a 31.

¹⁸⁴ BASTOS. Op. Cit. p. 619.

apreciação do Estado, a criação de leis, a prestação de serviços públicos, a construção de infraestrutura, a fiscalização de atividades desenvolvidas pelos particulares, sendo o Estado necessário até mesmo no campo social e econômico (não compreendi)¹⁸⁵. Para desenvolver todas estas atividades de maneira eficiente, faz-se necessário a existência de capital.

Para se alcançar o Estado Democrático de Direito, tal qual preconizado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, é necessário que o governo possua meios para sua manutenção, pois sem recursos financeiros, torna impossível a qualquer Estado a aplicação suas políticas sociais. Estes recursos são obtidos através das receitas públicas, que advém da tributação da população que vive em seu território, ou ainda em amplo sentido, qualquer valor ou bem que ingresse ao patrimônio público.¹⁸⁶

Receita é a terminologia utilizada nas ciências contábeis para descrever as entradas e saídas de valores ou bens, sendo computado como receita o montante agregado ao patrimônio. No Direito, Giacomini afirma que a receita é apenas estimada na peça orçamentária, enquanto seus outros procedimentos estão presentes em âmbitos diferenciados como a legislação tributária. Segue o mesmo autor mencionando ser possível classificar as receitas na vertente econômica sob duas categorias: Receitas Correntes e Receitas de Capital.¹⁸⁷

Reis e Machado Júnior definem receita, separando o conceito em dois grupos, como se observa a seguir:

Em *sentido lato*, como um conjunto de entradas financeiras no Patrimônio, oriundas de fontes diversificadas, conquanto possam existir reivindicações de terceiros sobre alguns desses valores;

Em *sentido estrito*, como um conjunto de recursos financeiros obtidos de fontes próprias e permanentes, que integram o Patrimônio da entidade governamental, na qualidade de elemento novo, que produzem-lhe acréscimos financeiros, sem contudo gerar obrigações, reservas ou reivindicações de terceiros (Passivos). Essas receitas resultam de leis, contratos, convênios, de tributos de lançamento direto e outros.¹⁸⁸

O Manual de Receita Nacional STN/SOF, criado com o intuito de possibilitar maior clareza nas contas públicas e uniformização nos três âmbitos do governo, federal, estadual e municipal, por sua vez, conceitua receita pelo enfoque orçamentário, como: “todos os ingressos disponíveis para cobertura das despesas orçamentárias e operações que, mesmo não

¹⁸⁵ BASTOS. Op. Cit., mesma página.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. **Curso Expositivo de Direito Tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1976, p. 9.

¹⁸⁷ GIACOMONI. Op. Cit.p.137.

¹⁸⁸ REIS, Heraldo da Costa e MACHADO JÚNIOR, José Teixeira. **A lei 4.320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal**. 34ª Ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 18.

havendo ingresso de recursos, financiam despesas orçamentárias”¹⁸⁹. E continua descrevendo que pelo viés econômico são as receitas classificadas como correntes e de capital. No entanto, a Lei n. 4.320/64 não define o que é receita, simplesmente estabelece uma classificação econômica para o termo.

Baleiro¹⁹⁰ conceitua receita pública como “a entrada que, integrando-se ao patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondências no passivo, vem acrescentar o seu vulto como elemento novo e positivo”. No entanto, menciona Paludo que este conceito de Baleiro, embora muito utilizado, não deve ser aplicado às receitas públicas não efetivas, visto que se originam de fatos permutativos. Oportunamente, conceitua receita pública como “ingressos financeiros no patrimônio público. Mas nem todos os ingressos nos cofres públicos são receita pública. Alguns recursos são ‘meras entradas’ sujeitas à posterior devolução”.¹⁹¹

Petter¹⁹² cita que as receitas públicas tinham, no início, a função de possibilitar ao Estado arcar com as despesas indelegáveis, como, por exemplo, justiça, diplomacia, polícia e outras. Atualmente, as receitas públicas são utilizadas não só para cobrir as despesas estatais, mas também para intervir na economia, como se pode observar através da hipótese de regulação da quantidade de moeda no mercado, criando políticas expansionistas ou depressoras do sistema econômico. O mesmo autor menciona também que como as despesas estatais estão sempre crescendo, o Estado naturalmente busca por mais recursos. E segue conceituando receita como “a entrada definitiva de dinheiro e de bens nos cofres públicos”.¹⁹³

Neste contexto, Brito faz sua consideração sobre receita pública dizendo que “somente quando houver o ingresso de uma quantia nova, que se incorpora ao patrimônio do ente que a recebe, acrescentando-o, pode-se falar em receita. “Pública”, por sua vez, é a qualificação que é dada à receita quando a entidade que a recebe integra o Poder Público”.¹⁹⁴

Carneiro aponta que para falar em receita pública, primeiramente, faz-se necessário diferenciar receita de ingresso. Este se caracteriza como toda quantia recebida pelos cofres

¹⁸⁹ Portaria Conjunta STN/SOF nº 3, de 2008. **Manual de Receita Nacional**: Aplicado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios/Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Orçamento Federal. 1. ed..Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Coordenação-Geral de Contabilidade, 2008. Disponível em: <http://www.sefaz.al.gov.br/legislacao/financeira/federal/MANUAL_REC_NACIONAL.pdf>. Acesso em: 10/09/2012.

¹⁹⁰ BALEIRO. Op. Cit. p.126.

¹⁹¹ PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento Público, Administração Financeira e Orçamentária e Lei de Responsabilidade Fiscal**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.118.

¹⁹² PETTER. Op. Cit. p. 184 e 185.

¹⁹³Id., Ibid., mesma página..

¹⁹⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Direito Tributário e Financeiro**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 4.

públicos, independentemente se essa quantia for restituível ou não, enquanto que a receita propriamente dita é a entrada ou ingresso em caráter definitivo de valores nos cofres públicos.¹⁹⁵

Diante das conceituações acima exibidas, evidencia-se que a ideia de receita pública deve abarcar obrigatoriamente alguns termos como: ingresso ou entrada, caráter definitivo e cofres públicos, entendendo-se como receita todos os valores que adentrarem ao patrimônio público em caráter de definitividade. São várias as classificações utilizadas para as receitas públicas, sendo que nesta dissertação se falará sobre três, acreditando serem as mais importantes para a temática estudada.

Conforme Baleeiro¹⁹⁶, as receitas podem ser classificadas como extraordinárias e ordinárias. A primeira refere-se àquelas receitas de caráter esporádico como os impostos criados em tempos de guerra. A segunda, àquelas receitas periódicas e regulares.

Quanto à origem das receitas, pode-se classificá-las em originárias, derivadas e transferidas. As originárias são aquelas “obtidas em relação jurídica de direito privado, assim entendidas as regidas por normas de direito privado”¹⁹⁷. Continua Ramos citando que se enquadram como receitas originárias aquelas advindas de doações, heranças vacantes, a remuneração paga por utilização de bem público, juros por aplicações de capital público, remuneração competente aos entes federados pela exploração de recursos minerais e etc.¹⁹⁸

As receitas derivadas são aquelas que o Estado obtém através de seu poder de império, como os tributos e multas. E, finalmente as receitas transferidas são as arrecadadas “pela pessoa jurídica competente para tanto, mas a ela não pertencem, devendo ser repassadas a outras pessoas jurídicas menores”.¹⁹⁹

Por derradeiro, na temática de classificação das receitas, falar-se-á sobre receitas correntes e de capital. Isto, com a finalidade de distinguir receitas correntes de receitas de capital, e aclarar sobre quais recursos destinados às despesas correntes e os que viabilizam as despesas de capital. Estes, correspondentes no âmbito do setor governamental às variáveis macroeconômicas consumo e investimento.²⁰⁰

Essa associação entre Receitas e Despesas Correntes e Receitas e Despesas de Capital clarifica a origem dos recursos que possibilitam o consumo e o investimento públicos, até

¹⁹⁵ CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.48.

¹⁹⁶ BALEEIRO. Op. Cit. p.126.

¹⁹⁷ RAMOS FILHO. Op. Cit. p. 150.

¹⁹⁸ Id., Ibid., p. 153.

¹⁹⁹ Id., Ibid, mesma página.

²⁰⁰ GIACOMONI. Op. Cit. p.139.

mesmo os recursos que, se apurados como superávit, irão aumentar o orçamento corrente permitindo assim que o governo realize investimentos, assim como poderão diminuir os investimentos governamentais, caso tenham déficit.²⁰¹

A distinção entre receitas correntes e de capital está prevista na Lei n. 4.320/64²⁰². Esta Lei versa sobre direito financeiro, estatuinto normas gerais para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, com base no artigo 5º, inciso XV, letra b, da Constituição Federal de 1988.

Reis menciona que a presente Lei teve inteligência ao conjugar dois sistemas de informações para o controle, o orçamento e a contabilidade. O orçamento evoluiu, aliando-se ao planejamento com o intuito de possibilitar seu planejamento com base nos recursos financeiros disponíveis, o que permite ao administrador ter consciência do valor existente nos cofres públicos para ser utilizado da melhor maneira possível. Com isto, o autor ratifica que a ideia central da Lei de Responsabilidade Fiscal é vincular o orçamento aos recursos financeiros existentes.²⁰³

2.3 ORÇAMENTO PÚBLICO: CONCEITO, ASPECTOS, FUNÇÕES E PRINCÍPIOS BASILARES

O objetivo de estudar o orçamento público é analisar a junção entre direito, economia e políticas públicas, pois, como diz Olson “qualquer país pobre que implemente políticas econômicas e instituições relativamente adequadas experimenta uma rápida retomada do crescimento”²⁰⁴. Além disso, outrora, as relações entre o direito e a economia não eram vistas positivamente, premissa esta que se modificando com a necessidade de interação entre as duas disciplinas.

²⁰¹ GIACOMONI. Op. Cit., mesma página.

²⁰² Para distinguir entre receitas correntes e receitas de capital reportasse a lei nº 4.320/64, em seu artigo 11: § 1º - São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes. § 2º - São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o *superávit* do Orçamento Corrente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

²⁰³ REIS; MACHADO JÚNIOR. Op. Cit. p. 1.

²⁰⁴ OLSON, Mancur. **Distinguished lecture on Economics in government**. Big bills left on the sidewalk: Why come nations are rich, and others poor. Journal of economic Perspectives, v.10, nº 2, primavera 1996 *apud* PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 11.

É de conhecimento geral que o crescimento econômico se fixa em instituições fortes de direito, e, no momento em que estas instituições estão pautadas em uma visão mais econômica, cria-se um sistema econômico forte. No caso das políticas públicas, o direito e a economia se revelam essenciais²⁰⁵.

Como se pode imaginar um País que se preocupa com seus cidadãos, através de políticas públicas fortes e centradas nas necessidades de sua população, se o País não possui um direito organizado para conferir e penalizar a má aplicação das políticas públicas? E mais, qual a validade de boas ideias, da boa aplicação, sem uma receita que subsidie os gastos públicos? Evidencia-se, aqui, a importância da junção das três grandes áreas: direito, economia e políticas públicas.

O orçamento público é peça governamental estritamente importante, porque, através deste documento, é possível analisar vários aspectos da situação financeira do Estado, bem como de seus interesses e de seus objetivos econômicos e fiscais. Isto permite uma avaliação sobre os gastos do Estado levando em consideração suas políticas públicas, visto que toda despesa pública tem inerente em si uma decisão política formalizada no orçamento. Inclusive, através da análise do Plano Plurianual, é possível verificar: os objetivos em médio prazo, quais os recursos financeiros e a organização do Estado para atingir tal fim.²⁰⁶

Afirma-se que o orçamento público, na forma em que hoje é construído, deve sua nova estruturação à Constituição Federal de 1988. Nas palavras de Piscitelli:

Uma nota interessante que precisa ser feita é que o modelo de orçamento arquitetado pela Constituição pode-se dizer surpreendentemente inédito. Não foi copiado de experiências estrangeiras diversas, nem recuperado de outros momentos históricos do País. É verdade que foram feitas tentativas, em aspectos localizados, de repetir regras já aplicadas em outras circunstâncias, mas todas acabaram por ser rejeitadas antes da definição do texto final. Algumas das novidades introduzidas, como é o caso da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), por exemplo, chegaram mesmo a se tornar modelos de legislação avançada, exportados para países em desenvolvimento por meio das instituições financeiras multilaterais.²⁰⁷ Seguem os mesmos autores citando que um dos sérios problemas que existiam nos orçamentos anteriores à Constituição de 1988 era a omissão de gastos referente à área da Seguridade Social.

²⁰⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 32 e 33.

²⁰⁶ Ressalta-se aqui que se pode afirmar ser o orçamento peça chave das políticas públicas que serão executadas em determinado Governo visto que o orçamento plurianual é realizado de quatro em quatro anos para coincidir com o tempo de mandato do executivo. No primeiro ano de mandato o executivo segue o plano plurianual de seu sucessor, já no segundo ano segue seus próprios objetivos e seu sucessor executará seu plano no primeiro ano de mandato e assim sucessivamente. Tal organização permite que a transição entre um governo e outro seja tranquila e organizada pois, como afirma Becker “O Estado viverá o espaço de um Orçamento”. In: BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3ª Ed.. São Paulo: Lejus, 2002, p. 232.

²⁰⁷ PISCITELLI, Roberto Bocaccio; NOBRE, Alexandre de Brito. A herança orçamentária da Constituição. In: **Ensaio sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade Brasileira**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2008. p. 714.

Também não constavam os dados sobre investimentos realizados pelas empresas estatais, quando muito, de maneira indireta.²⁰⁸

Piscitelli e Nobre afirmam ainda que o maior avanço na área orçamentária, preconizado pela nova constituição “[...] ocorreu no âmbito da administração pública”. E continua dizendo que “[...] em suma, os encargos da dívida pública foram incorporados ao orçamento fiscal a partir de 1981, mas as operações de crédito, somente a partir de 1988”²⁰⁹.

Ainda, um último item alterado pela Constituição de 1988, na sistemática orçamentária e de real importância, foi à obrigatoriedade de constar no orçamento anual o chamado “orçamento de gastos tributários”, que são as renúncias de receitas realizadas pelo Poder Público, com base em políticas regionais e setoriais. O orçamento de gastos tributários demonstra o efeito das isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia que recaem sobre as receitas e despesas públicas, com o intuito de demonstrar transparência ao sistema que concede privilégios fiscais.²¹⁰

A Constituição Federal de 1988 determina que haja três planejamentos orçamentários diferenciados, quais sejam: o plano plurianual (PPA), as diretrizes orçamentárias (LDO) e o orçamento anual (LOA). Estes três orçamentos se complementam, estando em sincronia uns com os outros. O orçamento anual estará em consonância com as diretrizes orçamentárias e com o plano plurianual. Esse objetiva instituir os programas e as metas governamentais de prazo médio²¹¹. “É planejamento conjuntural para a promoção do desenvolvimento econômico, do equilíbrio entre as diversas regiões do País e da estabilidade econômica”²¹². “[...] Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro pode ser incluído no projeto orçamentário sem que conste do plano plurianual”²¹³.

As diretrizes orçamentárias precisam estar integradas e devidamente relacionadas com o plano plurianual, não de maneira hierárquica, mas sim de forma complementar, organizando o orçamento de maneira eficiente. Esta Lei tem como premissa a orientação da elaboração da

²⁰⁸ PISCITELLI; NOBRE, p.714-715.

²⁰⁹Id., Ibid, mesma página.

²¹⁰Id., Ibid, mesma página.

²¹¹ Alguns autores, como Torres mencionam que o plano plurianual estabelece as metas governamentais de longo prazo. Entende-se que como o plano plurianual é repetido no máximo de quatro em quatro anos, não se pode dizer que são metas em longo prazo mas sim a médio prazo, sendo que a constituição Federal não estabelece um tempo de vigência do orçamento plurianual, simplesmente menciona a Constituição Federal que caberá a lei complementar regular prazos, vigência e etc. in TORRES. Op. Cit. 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

²¹² TORRES. Op. Cit. p. 172.

²¹³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14 edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 487.

Lei Orçamentária Anual, estabelecendo as metas e prioridades que o Estado pretende executar no exercício financeiro subsequente.

A mesma Lei dispõe ainda sobre as alterações na legislação tributária e institui a política empregada pelas agências financeiras de fomento. Desta feita, é elaborada sempre anteriormente à Lei Orçamentária Anual, devendo ser enviada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional antes do dia 15 de abril de cada ano. A partir da LDO pode a Secretaria de Orçamento Federal consolidar a proposta orçamentária de todos os entes federativos e enviá-la para análise e posterior votação pelo Congresso Nacional.

Carneiro sugere que

o orçamento é uma exigência Constitucional expressa em um planejamento financeiro de estruturação orçamentária, que autoriza as despesas públicas com base na estimativa de arrecadação de receita, através de lei formal, não havendo espaço para o ato administrativo normativo.²¹⁴

Por outra mirada, Baleeiro propõe que o orçamento, em um Estado Democrático, é “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 já criadas em lei”.²¹⁵

Bastos entende que o orçamento “é uma peça contábil que faz, de uma parte, uma previsão das despesas a serem realizadas pelo Estado e, de outra parte, o autoriza a efetuar a cobrança, sobretudo de impostos e também de outras fontes de recursos.”²¹⁶

Contudo, para Baleeiro²¹⁷, o orçamento apresenta quatro principais aspectos, embora Carneiro²¹⁸ mencione apenas três os aspectos fundamentais:

a) jurídico, isto é, a natureza do ato orçamentário à luz do Direito e, especialmente, das instituições constitucionais do país, inclusive as consequências daí decorrentes para os direitos e obrigações dos agentes públicos e dos governados; b) o político, pelo qual o orçamento revela com transparência em proveito de que grupos sociais e regiões ou para solução de que problemas e necessidades funcionará precipuamente

²¹⁴ CARNEIRO. Op. Cit. p.84.

²¹⁵ BALEEIRO. Op. Cit. p. 411.

²¹⁶ BASTOS. Op. Cit. p. 620.

²¹⁷ BALEEIRO. Op. cit.

²¹⁸ Carneiro, no momento que fala sobre os aspectos fundamentais do orçamento, menciona serem três, embora se entenda existir e ser de extrema importância o aspecto técnico, não levantado pelo autor: “A) jurídico-equivale aos efeitos próprios dos orçamentos, regulamentados pelo ordenamento jurídico. É a natureza do ato orçamentário à luz do Direito; b) Político- é a autorização política para realização do plano; c) Econômico- consiste no fato de o orçamento assumir a forma de uma previsão da gestão orçamental do Estado, o que corresponde aum plano financeiro”. In: CARNEIRO, Op. Cit. p. 97.

a aparelhagem de serviços públicos. Por exemplo, se o custeio respectivo será suportado com mais sacrifício por esses mesmos grupos sociais ou por outros; enfim, a maior ou menor liberdade de ação do Poder Executivo na determinação de todos esses fatos do ponto de vista de regiões, classes, partidos, interesse, aspirações etc.; c) o econômico, através do qual se apreciarão, sobretudo os efeitos recíprocos da política fiscal e da conjuntura econômica, assim como as possibilidades de utilizá-los o governo no intuito deliberado de modificar as tendências da conjuntura ou estrutura; d) o técnico, finalmente, que envolve o estabelecimento das regras práticas para realização dos fins indicados nos itens anteriores e para classificação clara, metódica e racional de receitas e despesas, processos estatísticos para cálculo tão aproximado quanto possível de uma e de outros, apresentação gráfica e contábil do documento orçamentário etc.²¹⁹

É manifesto que a produção das leis orçamentárias envolve uma estrutura complexa, por isso, exige-se a análise de todas as áreas envolvidas. No caso do direito se verifica se a lei está a contento e se seguiu todos os mandamentos legais como o devido processo legislativo orçamentário.

Politicamente se analisa quão comprometido está o orçamento com o Plano Plurianual e com os objetivos nele traçados, além de características que fogem da alçada desta discussão. Já economicamente, pontos são: se o orçamento segue as balizas propostas pela lei de Responsabilidade Fiscal; se os objetivos delineados atingirão o crescimento do país; se os direitos nele garantidos estão condizentes com o preconizado na Constituição Federal, abrangendo direitos econômicos e sociais; entre outros.

Tecnicamente, garante-se que o orçamento está correto quando todos os cálculos estão devidamente elaborados, possibilitando inclusive reserva de contingência²²⁰. Posto isso, iniciar-se-á discorrendo sobre os princípios orçamentários, no entanto, não será feita uma análise minuciosa, nem tampouco exaustiva, ater-se-á apenas aos princípios mais citados pela doutrina brasileira.

Di Pietro, referindo-se aos princípios da Administração Pública menciona conceito de Cretella Júnior: “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”²²¹. E continua Di Pietro, citando Cretella Júnior, que afirma serem os

²¹⁹ BALEEIRO. Op. Cit. p.412.

²²⁰ A Reserva de Contingência estava prevista no Decreto-lei n. 200/67, modificada pelo Decreto-lei nº 900/69, que assim dispunha em seu artigo 91: “Sob a denominação de reserva de Contingência, o orçamento anual poderá conter dotação global não especificamente destinada a determinado programa ou unidade orçamentária, cujos recursos serão utilizados para abertura de créditos suplementares, quando se evidenciarem insuficientes, durante o exercício, as dotações orçamentárias constantes do orçamento anual.” In: Decreto-Lei n. 900 de 29 de setembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0900.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2012.

²²¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Revista de Informação Legislativa, v. 97:7 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 62.

princípios classificados como: a) onivalentes ou universais, aqueles que são comuns a todos os ramos do saber; b) plurivalentes ou regionais, os que são comuns a um grupo de ciências; c) monovalentes, específicos a apenas um campo do conhecimento, exemplificando com o princípio de que ninguém pode se escusar da lei alegando desconhecimento dela; e por fim d) setoriais, os quais informam os vários setores em que pode se dividir distinta ciência, como é o caso da ciência jurídica, a qual apresenta diferentes princípios para cada ramo, princípio de direito tributário, administrativo e etc.²²²

Nesse contexto, Pinheiro afirma que os “princípios são um conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tomada em qualquer operação jurídica”²²³. Desta forma pode-se compreender o princípio da Vedação do estorno, que está previsto no artigo 167, VI da Constituição Federal de 1988 e diz que é proibido a “transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, salvo se houver prévia autorização legislativa (normalmente em forma de crédito suplementar).”²²⁴

O princípio da exclusividade propõe, em regra, que o orçamento não poderá conter dispositivo desconhecido à fixação da despesa e à previsão da receita, previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 165, § 8º, 1ª parte. Explicita tal princípio que a lei orçamentária deverá tratar tão somente de matéria financeira, retirando-se dela qualquer outro dispositivo. Não sendo possível, por exemplo, o texto de lei criar tributo ou qualquer outra determinação que se afaste das finalidades específicas de previsão de receitas e fixação de despesas.²²⁵

Já o princípio da universalidade, também conhecido como princípio da totalidade, tem previsão no artigo 6º da Lei n. 4.320/64²²⁶. Ele determina ser obrigatório que apareça no orçamento as receitas e despesas que serão feitas pelo Estado, na sua totalidade, sem nenhuma dedução. [...] “Isto quer dizer que, mesmo que uma receita seja afetada por uma dedução, a mesma deverá aparecer pelo seu total e a afetação figurar na despesa”.²²⁷

²²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.62 e 63.

²²³ PINHEIRO; SADDI. Op. Cit. p. 34.

²²⁴ CHIMENTI; CAPEZ; ROSA; SANTOS. Op. Cit., 2008. p.491.

²²⁵ PALUDO. Op. Cit. p.17.

²²⁶ Artigo 6º da Lei 4.320/64: Todas as receitas e despesas constarão da Lei de Orçamento pelos seus totais, vedadas quaisquer deduções. § 1º As cotas de receitas que uma entidade pública deva transferir a outra incluir-se-ão, como despesa, no orçamento da que as deva receber. § 2º Para cumprimento do disposto no parágrafo anterior, o cálculo das cotas terá por base os dados apurados no balanço do exercício anterior àquele em que se elaborar a proposta orçamentária do Governo obrigado à transferência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320compilado.htm>, Acesso em: 15 de novembro de 2012.

²²⁷ REIS; MACHADO JÚNIOR. Op. Cit. p. 10.

O artigo 165, § 5º da Constituição Federal de 1988 relata que o orçamento público deve ser elaborado de maneira harmônica, tal obrigatoriedade é conhecida como princípio da unidade, presente também no artigo 2º da Lei 4.320/64.

Conforme regulamentação explícita no artigo 34 da Lei nº 4320/64, deve a lei orçamentária criar programação anual para suas receitas e despesas. Na sistemática brasileira o ano orçamentário se ajusta perfeitamente com o ano civil, ou seja, ambos são limitados de 1º de janeiro a 31 de dezembro. “Com isso, a cada ano o Poder Legislativo é capaz de identificar a situação orçamentária do País, direcionando de forma atualizada as ações pertinentes à obtenção de receitas e autorização de despesas”.²²⁸

O Princípio da não-afetação, também conhecido como não-vinculação, está previsto no artigo 167, IV, da Constituição Federal de 1988 e estabelece regramento através do qual é proibido a vinculação do tributo denominado imposto à órgão público determinado, fundo ou despesas. Tal regra contém várias exceções, dentre elas os artigos 158, 159, 165, § 8, 167, § 4 e 212 da Constituição Federal 1988²²⁹. Há exceções também previstas em Emendas Constitucionais, como as emendas n. 29/2000 e n. 42/2003.

²²⁸ CHIMENTI. Op. Cit. p.491.

²²⁹ Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer; d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados. -III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo. § 1º - Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I. § 2º - A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso II, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em

O princípio da Legalidade tem previsão constitucional no artigo 165, no qual se afirma que as “Leis de iniciativa do chefe do Poder Executivo devem estabelecer o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais e os créditos suplementares”²³⁰. Paludo afirma que “o Princípio da legalidade tem a função de limitar o poder estatal e garantir a indisponibilidade do interesse público, já que não há que se falar em vontade pessoal no trato da coisa pública”²³¹. Isto significa dizer que a ação estatal deve seguir os contornos legais.

Machado Júnior chama atenção para o princípio da entidade, que conforme o autor, é muito estudado na contabilidade, mas deixado de lado no momento em que se fala de princípios orçamentários, explicando que esse se baseia no fato de que são a contabilidade e o orçamento instrumentos que possibilitam dados sobre transações e/ou operações das entidades jurídicas governamentais. E continua dizendo que o Estado, analisado em sua ampla acepção [...] “é também um ente econômico, além de social, daí porque os orçamentos de todas as organizações governamentais serem aprovados por uma só lei”.²³²

Disso, pode-se compreender que os princípios acima elencados são essenciais para a questão do orçamento público. Visto que o Estado atua de maneira fundamental utilizando-se do orçamento para intervir na economia com o intuito de fazer com que o país cresça de maneira estável, distribuindo a renda, implementando a industrialização, garantindo a justiça, gerando empregos e etc.

Para realizar todas essas questões o Estado faz uso das funções orçamentárias, quais sejam: função alocativa, função distributiva e função estabilizadora. A primeira se refere à

relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido. § 3º - Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II. § 4º Do montante de recursos de que trata o inciso III que cabe a cada Estado, vinte e cinco por cento serão destinados aos seus Municípios, na forma da lei a que se refere o mencionado inciso.

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.

Art. 167. São vedados: § 4º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

²³⁰ CHIMENTI. Op. Cit. p. 491.

²³¹ PALUDO. Op. Cit. p.15.

²³² REIS; MACHADO JÚNIOR. Op. Cit. p. 4.

alocação de recursos por parte do Governo objetivando oferecer bens e serviços públicos puros, como por exemplo: rodovias, segurança e justiça, os quais não são oferecidos pelo mercado ou se oferecidos, são em condições ou quantidade insuficientes/ineficientes; bens de atendimento tanto público como privado, como exemplo se pode citar a saúde e a educação, além da correção das imperfeições no mercado.

Já a função distributiva, objetiva equalizar a sociedade em renda e riqueza, utilizando [...] “tributação e de transferências financeiras, subsídios, incentivos fiscais, alocação de recursos em camadas mais pobres da população etc. (como por exemplo Fome Zero, Bolsa Família, destinação de recursos para o SUS, que na maioria das vezes é utilizado por indivíduos de menor renda)”²³³. Enquanto que a função estabilizadora se trata da aplicação das várias políticas econômico-financeiras com a finalidade de ajustar os preços [...] “melhorar o nível de emprego, estabilizar a moeda, mediante instrumentos de política monetária, cambial e fiscal, ou outras medidas de intervenção econômica (controles por leis, limitação etc.)”.²³⁴

Conforme lembra Harada, o orçamento deveria espelhar o plano de ação governamental, referendado pela sociedade. No entanto, conforme o mesmo autor, não é o que acontece, tendencionando para o campo da ficção, e exemplifica com o fato de a União já haver ficado sem orçamento aprovado, sem que alterasse a rotina do Estado. Menciona, ainda, que em outros países democráticos, um fato como esse poderia paralisar parcialmente os serviços públicos, como aconteceu com os Estados Unidos da América findando 1995 e adentrando 1996.²³⁵ E segue afirmando que:

Vige entre nós a cultura de desprezo ao orçamento, apesar de, ironicamente, existir uma parafernália de regras e normas, algumas delas de natureza penal, objetivando a fiel execução orçamentária. O desvio na realização de gastos públicos costuma ocorrer por meio de seguintes expedientes: a. superestimação de receitas- Se no passado a inflação galopante tornava incompatível com a realidade o princípio da fixação de despesas, dando margem a que o agente público gastasse no setor de sua preferência, hoje, com a estabilidade do poder aquisitivo da moeda, a partir do advento do Plano Real, introduziu-se a prática da superestimação de receitas, de sorte a possibilitar gastar mais do que o tesouro comporta. B. Contingenciamento de despesas- Aparentemente, seu objetivo é a contenção de despesas mas, no fundo, não passa de um estratagema para gastar em outros setores que não os previstos no orçamento. É uma das formas de burlar a vontade popular no que diz respeito à autorização de despesas públicas. C. Anulação de valores empenhados- Já se tornou praxe a anulação de valores empenhados e não liquidados até o final do exercício. Esses valores são transformados em “restos a pagar” comprometendo o orçamento do ano seguinte, que terá de sofrer “cortes” para acomodar despesas que deveriam

²³³ PALUDO. Op. Cit. p.3.

²³⁴ Id., Ibid, mesma página.

²³⁵ HARADA. Op. Cit. p. 63.

ter sido pagas com as dotações do orçamento anterior. D. Instituição de fundos- Ultimamente, incorporou-se ao elenco de práticas deletérias para o esvaziamento da peça orçamentária a criação do fundo, composto de partes do produto de arrecadação de impostos e contribuições, para atender objetivos genéricos, vagos e imprecisos.²³⁶

O excerto literário acima reproduzido, atenta para o desvio orçamentário existente no Brasil, problema enfrentado por praticamente todos os países no mundo²³⁷. Sabe-se que o dinheiro público é finito e as necessidades da população infinitas. Atrelado ao fato de ser o orçamento aquém do desejado, ainda sofre das mazelas ocasionadas pelos desvios, corrupção em sentido lato ou “politicagem”, em vez de Política praticada pelos governantes.²³⁸

Conforme dados da FIESP²³⁹, o custo médio da corrupção brasileira é de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), o que equivalia, no ano de 2010, ao valor entre R\$50,8 bilhões a R\$84,5 bilhões que poderiam ser utilizados para:

Arcar com o custo anual de 24,5 milhões de alunos das séries iniciais do ensino fundamental segundo os parâmetros do CAQi1; · Equipar e prover o material para 129 mil escolas das séries iniciais do ensino fundamental com capacidade para 600 alunos segundo o modelo CAQi; · Construir 57,6 mil escolas para séries iniciais do ensino fundamental segundo o modelo CAQi; · Comprar 160 milhões de cestas básicas (DIEESE); · Pagar 209,9 milhões de bolsas família em seu valor máximo (Básico + 3 variáveis + 2 BVJ); · Construir 918 mil casas populares segundo o programa Minha Casa Minha Vida II. 1 O Custo Aluno-Qualidade Inicial – CAQi –, originalmente desenvolvido pela Campanha Nacional pelo Direito à Educação, estabelece padrões mínimos de qualidade da Educação Básica por etapa, fase e modalidade. O CAQi a legislação vigente toma como base (Parecer CNE/CEB nº 8/2010, aprovado em 5 de maio de 2010).²⁴⁰

²³⁶ Id., Ibid., p. 63 e 64.

²³⁷ Conforme índice de Percepção da Corrupção calculado pela ONG Transparência Internacional, no ano de 2012 o Brasil ficou em 69ª colocação como menos corrupto em um ranking que avaliou 176 países. In: **TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL**. The 2012 corruption perceptions index measures the perceived levels of public sector corruption in 176 countries and territories around the world. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2012>>. Acesso em 01 de janeiro de 2013.

²³⁸ Em obra póstuma, Arendt responde a pergunta o que é política da seguinte maneira: “A política baseia-se na pluralidade dos homens. Deus criou o homem, os homens são um produto humano mundano, e produto da natureza humana. A filosofia e a teologia sempre se ocupam do homem, e todas as suas afirmações seriam corretas mesmo se houvesse apenas um homem, ou apenas dois homens, ou apenas homens idênticos. Por isso, não encontraram nenhuma resposta filosoficamente válida para a pergunta: o que é política? Mais, ainda: para todo o pensamento científico existe apenas o homem- na biologia ou na psicologia, na filosofia e na teologia, da mesma forma como para a zoologia só existe o leão. Os leões seriam, no caso, uma questão que só interessa aos leões. É surpreendente a diferença de categoria entre as filosofias políticas e as obras de todos os grandes pensadores- até mesmo de Platão. A política jamais atinge a mesma profundidade. A falta de profundidade de pensamento não revela outra coisa senão a própria ausência de profundidade, na qual a política está ancorada (grifo nosso). In: ARENDT, Hannah. **O que é política?** Editoria Ursula Ludz. Tradução Reinaldo Guarany. 9ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011. p.21.

²³⁹ Conforme a Federação das indústrias do Estado de São Paulo: **FIESP**. Índice de Percepção da Corrupção – 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2010/>>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

²⁴⁰ Id., Ibid.

Cita Ferreira Filho que a corrupção se faz presente desde a Antiguidade, e todos os mecanismos até hoje inventados com o intuito de extirpá-la não atingiram seu objetivo. [...] “Por outro lado, é preciso notar que a corrupção não macula apenas o indivíduo; ela tem um reflexo social e político, que os grandes pensadores não desconheciam”²⁴¹.

O mesmo autor, segue mencionando que o termo corrupção não tem um conceito fechado, mas tem sempre a ideia pejorativa e pode ser usado algumas vezes com um enfoque dinâmico ou estático. “No que tange ao homem, corrupção denota uma aberração em relação ao padrão moral consagrado pela comunidade. Não apenas um desvio, mas um desvio pronunciado, insuportável”.²⁴²

Referindo-se à ideia em sentido amplo, [...] “corrupção se aplica a um tipo não de homem, mas de conduta, ou comportamento. Mais precisamente de conduta de autoridade pública”. Já [...] “em sentido estrito, o termo se refere à conduta de autoridade que exerce o Poder de modo indevido, em benefício de interesse privado, em troca de uma retribuição de ordem material”.²⁴³

Posto isso, pode-se traçar algumas considerações acerca do orçamento público brasileiro. Ele se apresenta aquém das necessidades propostas pela Constituição Federal de 1988, a qual preconiza o Estado de Bem Estar Social, dirigindo-se mais para o campo das ideias do que para o campo da concretização. Muitos são os direitos constitucionalmente tutelados, atrelado a eles está a ineficiência ainda presente na organização estatal, incapaz de atender a contento necessidades básicas da população.

A corrupção fica com uma boa parte do orçamento “para si” além da má vontade por parte dos executores do orçamento, que por vezes, trabalham desmotivadamente junto ao funcionalismo público, nas quais se observa o “apadrinhamento” por “chefes” protetores. pois se encontram nos mesmos esquemas de corrupção.

2.3.1 Natureza Jurídica da Lei Orçamentária: formal ou material

Não existe consenso doutrinário referente à natureza jurídica das leis orçamentárias [...] “pois alguns as consideram leis apenas em sentido formal, outros as reputam leis no

²⁴¹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Constituição e Governabilidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995. p. 107 a 109

²⁴² Id., Ibid., mesma página.

²⁴³ FERREIRA FILHO, Op. Cit. p. 107 a 109.

sentido formal e também material, e há ainda quem alegue se tratarem de atos legislativos *sui generis*”²⁴⁴. Assoni explica ainda que na jurisprudência e legislação brasileira se vê um direcionamento ao entendimento de que as leis orçamentárias possuem característica de lei apenas em seu aspecto formal, ou seja “identificá-las como leis apenas porque seguem basicamente o mesmo processo legislativo de criação das demais espécies normativas elencadas no artigo 59 da Constituição Federal de 1988”.²⁴⁵

Mas a pergunta que se faz é qual a implicação em ser a lei orçamentária uma lei formal ou material? Para responder a tal questionamento faz-se necessário, em um primeiro momento (re)pensar a ideia do orçamento público. Este é composto por um conjunto de normas de meio e metas. Encaixa-se a premissa de meio no caráter instrumental do orçamento quando dispõe a previsão de receita, ou seja, meio para poder se efetuar a despesa, a qual será feita para atingir determinada meta do Estado prevista no Plano Plurianual, Leis de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária propriamente dita.

Destarte, o orçamento objetiva organizar o Estado em suas receitas e despesas, possibilita com a previsão da receita e despesas as metas que poderão ser atingidas. Continuando nessa linha de argumentação, pensa-se que as receitas e despesas servem para um determinado fim, não importando se para atingir esta finalidade será necessário despender todos os gastos previstos no orçamento ou não, pois se for possível utilizar menos recursos para atingir a mesma finalidade, assim deverá ser feito, pensando em economia e principalmente eficiência.

Sequencialmente, o modelo orçamentário hoje utilizado no Brasil é o orçamento-programa, tal como a nomenclatura empregada, esse se propõe a programar ou concatenar o orçamento existente com os objetivos a serem alcançados, sempre objetivando as realizações estatais. Foi possibilitado no Brasil pela Lei n. 4.320/1964, “reforçada pelo Decreto Lei n. 200/1967, que teve a primeira classificação funcional-programática, no ano de 1974. Porém, apenas com a edição do Decreto n.2829/1998 e com o primeiro PPA 2000-2003 que se tornou realidade”²⁴⁶. Giacomoni cita várias características do orçamento programa²⁴⁷ que evidenciam seu comprometimento com as metas a serem alcançadas.

²⁴⁴ ASSONI FILHO, Sérgio. Controle de Constitucionalidade da Lei Orçamentária. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

²⁴⁵ Id., Ibid., p. 25.

²⁴⁶ PALUDO. Op. Cit. p. 9.

²⁴⁷ Características do Orçamento Programa na visão de Giacomoni: “o orçamento é o elo entre o planejamento e o orçamento; a alocação de recursos visa à consecução de objetivos e metas; as decisões orçamentárias são tomadas com base em avaliações e análises técnicas de alternativas possíveis; na elaboração do orçamento são

De maneira geral, as leis podem ser classificadas como leis formais ou materiais, pautadas em sua formalidade e seu conteúdo. Leis materiais são aquelas em que seu conteúdo, a ideia prevista no texto legal é inerente à concepção de lei. Enquanto que as leis formais assim são chamadas por terem seguido rigorosamente a legalidade em sua elaboração e de competência de seus autores, mas seu conteúdo não versa exatamente de matéria inerente a concepção de lei.

A lei material é, em tese, aquela que apresenta as características de “generalidade” e “abstração”, ou seja, “são gerais as normas que são universais em relação aos destinatários, e abstratas aquelas que são universais em relação à ação”.²⁴⁸

Conforme Correia Neto pode ser feita a crítica ao fato de se eleger o requisito generalidade como elemento essencial ao conceito de lei, dizendo que “generalidade é um atributo que, normalmente, se exige da lei para que seja válida ou justa, mas não um elemento indispensável para sua caracterização, como lei”.²⁴⁹

Miranda vai além, alertando que: “A generalidade não é, pois, essencial à lei, é exigência que, através da evolução humana, se vem fazendo à lei [...]: a regra jurídica há de ser igual para todos os fatos da mesma classe (isonomia)”²⁵⁰. Entretanto, conforme Correia Neto, não é nesse sentido que os financistas preconizam ao avaliar a relação existente entre lei formal e material. Para esses, a premissa de lei material é associada à ideia de juridicidade, pressupondo-se que o orçamento pode ser lei em sentido material se tiver a capacidade de “obrigar o Executivo a realizar as despesas públicas que prevê. Ou ainda, se pudesse criar, diretamente, direitos e deveres para os cidadãos e para a Administração Pública, respectivamente”.²⁵¹

considerados todos os custos dos programas, inclusive os que extrapolam o exercício; a estrutura do orçamento está voltada para os aspectos administrativos e de planejamento; o principal critério de classificação é o funcional-programático; utilização sistemática de indicadores e padrões de medição do trabalho e de resultados; o controle visa avaliar a eficiência, a eficácia e a efetividade das ações governamentais”. In: GIACOMONI Op. Cit. p.166.

²⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2ª Ed. trad. Fernanda Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 180 e 181.

²⁴⁹ CORREIA NETO, Celso de Barros. **Orçamento Público: Uma Visão Analítica**. São Paulo. Monografia. ESAF. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/sof/sof_2010/monografias/tema_2_3%C2%BA_monografia_celso_de_barros.pdf>. Acesso em: 12 de novembro 2012.

²⁵⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I, atual. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, p. 52-53 apud : CORREIA NETO. Op. Cit.

²⁵¹ CORREIA NETO. Op. Cit.

O Supremo Tribunal Federal, nos momentos em que fora pleiteado por meio de ADIns ou RE vinha não conhecendo as ações alegando que não caberia controle concentrado de lei de caráter formal, pois as leis orçamentárias eram consideradas Formais ²⁵².

Em 2003, fora novamente o Supremo Tribunal Federal questionado referente às leis orçamentárias na ADIn n. 2925, originária do Distrito Federal. A Ementa assim foi escrita: “Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos **abstratos e autônomos**, em abandono ao campo da eficácia concreta”. Isto significa dizer que a maioria dos Ministros entendia que a lei questionada tinha requisitos de norma geral e abstrata, não sendo compatível com lei de natureza formal²⁵³. Conclui-se, portanto, que o STF não mudou seu posicionamento quanto à orientação de não caber controle concentrado para leis formais, como é considerada a lei orçamentária, apenas menciona que, leis com “contornos abstratos e autônomos”, são passíveis de controle concentrado. ²⁵⁴

Fica uma pergunta sem resposta: Se as leis orçamentárias são leis consideradas formais, não cabendo controle pelo STF, são leis formais no tocante às despesas e materiais quando o assunto é receita. Desta forma, quem pode e como pode exigir do executivo que cumpra as metas propostas nas leis orçamentárias?

Pautados nesse descontentamento, de não poder exigir do executivo o cumprimento das metas e despesas presentes nas leis orçamentárias surgiram algumas propostas de alteração do artigo 165 da Constituição Federal. Cita-se a proposta de Emenda Constitucional n. 385/2005, a qual pretendia que fosse acrescentado o artigo 165-A, obrigando a execução dos créditos constantes da Lei Orçamentária Anual advindos de emendas parlamentares. Era uma primeira tentativa, por parte dos parlamentares, de tornar o orçamento impositivo. A justificativa apresentada pelo projeto menciona que anteriormente à Constituição Federal de 1988 não era permitido propor emendas a propostas orçamentárias, realidade esta alterada na Constituição de 1988. Entretanto, conforme Gadelha, a execução de despesas decorrentes de emenda não vem ocorrendo devido há “artifícios autoritários, e talvez até mesmo inconstitucionais, usados pela Administração Pública, como o instituto do contingenciamento orçamentário”. ²⁵⁵

²⁵² Entendimento pode ser visualizado no site do Supremo Tribunal Federal, pesquisando-se pelas ADIns nº 1905 de 1998 ou ainda nº 2033/1999.

²⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2925/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28lei+or%E7amentaria+anual%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

²⁵⁴ Id., Ibid.

²⁵⁵ GADELHA, Marcondes. **PEC n. 385/2005**. Acrescenta o art. 165-A à Constituição Federal, tornando obrigatória a execução dos créditos constantes da Lei Orçamentária Anual de emendas parlamentares.

Posteriormente à PEC acima citada, vieram outras propostas, como a PEC n. 46/2007 que objetiva acrescentar o § 3º - A ao artigo 66 da Constituição Federal, postula vedar o contingenciamento de emendas individuais dos parlamentares pelo Poder Executivo. Outra é a PEC n. 96/2007, que intenta a alteração do artigo 166 da Constituição Federal, determinando que os recursos incluídos na lei orçamentária anual devido à aprovação de emendas de autoria de parlamentares, terão execução impositiva.

A PEC n. 281/2008, pretende estabelecer a execução obrigatória da Lei Orçamentária Anual. Por sua vez a PEC n. 321/2009, objetiva acrescentar parágrafo ao artigo 166 da Constituição Federal para que seja obrigatória a execução de emendas individuais de parlamentares. A PEC n. 20/2011 intenta acrescentar o § 9º ao artigo 166 da Constituição Federal com a seguinte redação:

§9º As programações orçamentárias com recursos destinados à saúde e à educação, incluídas ou acrescidas ao projeto de lei orçamentária anual por meio da aprovação de emendas individuais apresentadas por parlamentares, serão executadas em sua totalidade, sob pena de crime de responsabilidade.²⁵⁶

A PEC n. 152/2012, com o intuito de acrescentar o inciso XII ao artigo 167 da Constituição Federal, para fazer com que o orçamento anual fique impositivo nos itens que se referirem à saúde, educação e assistência social²⁵⁷. A Justificativa a propositura de tal PEC, dá-se pela inconformidade por parte do deputado proponente ao fato de que, conforme por ele alegado, em tese, o contingenciamento de dotações orçamentárias referentes a despesas com área social, configura prática abusiva de sucessivos governos. Menciona ainda que, embora legal, o Poder Executivo não deve fazer bloqueio da liberação de verbas orçamentárias por tempo indeterminado, como é corriqueiro.

PEC n. 189/2012 deseja acrescentar o inciso XII ao artigo 167 da Constituição Federal, objetivando que seja feita lei complementar para regulamentar as possibilidades de

Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=53D530D457F18F9801E1E15476DCD6E9.node1?codteor=294684&filename=PEC+385/2005>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

²⁵⁶ MANDETTA, Luiz Henrique. **PEC n. 20/2011**. Acrescenta o §9º ao art. 166 da CF/88. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=865883&filename=PEC+20/2011>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

²⁵⁷ AIRTON, José. **PEC n. 152/2012**. Acrescenta inciso XII ao art. 167, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=975762&filename=PEC+152/2012>. Acesso em 15 de setembro de 2012.

bloqueio de dotações orçamentárias previstas em lei orçamentária anual pelo Poder Executivo.²⁵⁸

PEC n. 192/2012 tem a premissa de juntar aos incisos já presentes no artigos 166 da Constituição Federal, os §§ 9º, 10 e 11, com as seguintes redações:

§9º As despesas relativas às emendas referidas no § 3º deste artigo serão de execução obrigatória, salvo se houver insuficiência de arrecadação, caso em que poderá ocorrer a sua redução, proporcionalmente. § 10. Havendo superávit financeiro de balanço em decorrência de recuperação da receita apurada ao final do exercício fiscal será assegurada, proporcionalmente, no exercício seguinte, a recomposição do crédito orçamentário correspondente às despesas reduzidas de que trata o § 9º deste artigo. § 11. No caso de ocorrer impedimento legal ou técnico-operacional para execução das despesas a que se refere o § 9º deste artigo, os respectivos créditos serão realocados para ações prioritárias do mesmo ente federado.²⁵⁹

E, finalmente, a PEC n. 201/2012, que objetiva inserir o § 9º ao artigo 166 da Constituição Federal e o artigo 96 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre o empenho das emendas individuais dos Deputados e Senadores da República.
260

Todas as PECs acima propostas, uma após a outra, possuem como premissa básica transformar o orçamento anual, aprovado pelo Legislativo, incluindo suas emendas e créditos suplementares, em orçamento impositivo, fazendo com que ele deixe de ser discricionário e

²⁵⁸ GONÇALVES, Wandenkolk. PEC n. 189/2012. Acrescenta o inciso XII ao art. 167 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1001436&filename=PEC+189/2012>. Acesso em: 10 de novembro de 2012.

²⁵⁹ A justificativa proposta pelo deputado Márcio Reinaldo Moreira, pedindo a obrigatoriedade de execução das despesas originárias de emendas, não esquecendo a possibilidade de não execução por insuficiência de arrecadação tributária, foi de que: “Ressalte-se que a maioria dessas emendas destina recursos para os Estados, o Distrito Federal e, sobretudo, para os Municípios. Assim, o que se pretende é estabelecer uma nova forma de relacionamento entre os entes federados, especialmente quanto ao cumprimento das suas competências comuns. Trata-se de rever, principalmente, o conceito de transferências financeiras voluntárias relacionadas a investimentos, subvenções sociais e auxílios para entidades filantrópicas. Certamente, melhores resultados serão obtidos com esse novo relacionamento entre os entes federados, destacadamente com os Municípios, que são os locais onde vivem efetivamente os contribuintes que demandam dos poderes públicos gestores a restituição dos tributos pagos, na forma de adequados serviços públicos para o atendimento de suas necessidades. Daí a incongruência em se classificar esse tipo de transferência como voluntária, ou seja, sujeita ao arbítrio do ente transferidor, pois se trata de uma obrigação. É importante que o Congresso Nacional reexamine a atual sistemática de transferências voluntárias transformando-as em transferências obrigatórias dentro dos limites das dotações orçamentárias, porém, com a segurança e a responsabilidade fiscal de que isto só ocorrerá se a arrecadação confirmar-se no montante estimado na lei orçamentária.” Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004294&filename=PEC+192/2012>. Acesso em: 10/12/2012.

²⁶⁰ A PEC n. 201/2012 tem à seguinte redação: “§9º As emendas individuais dos Senadores da República e dos Deputados Federais a Lei Orçamentária Anual, aprovadas na forma disposta neste artigo, devem ser empenhadas prioritariamente pelo Poder Executivo”. IZAR, Ricardo. PEC n. 201/2012. Acrescentar o §9º ao art. 166 da Constituição Federal e o art. 96 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1014009&filename=PEC+201/201>. Acesso em: 10/11/2012.

passa a ser obrigatório. Essas proposições tentam inibir práticas utilizadas pelo Executivo, como não liberação de receitas ou liberações condicionadas. Ademais, mencionam os parlamentares que rotineiramente as Emendas propostas pelos deputados para suas áreas de atuação em específico, quando aprovadas, acabam não sendo cumpridas na prática.

Destarte, se desconsiderar a discussão referente a possibilidade ou não de ser exigido que as despesas previstas no orçamento obrigatoriamente precisem ser efetuadas, opta-se pela opinião de Silva²⁶¹, que se manifesta no sentido de que o orçamento das despesas, que contém uma organização/programação governamental, figura como as chamadas “leis de impulso”, é dizer, meio para a realização de objetos certos, os que tendem a direcionar o sistema econômico e social do país. Acreditando ser por estes motivos que a lei orçamentária, no que tange as despesas, é lei de natureza material.

2.3.2 As Técnicas Orçamentárias empregadas no Sistema Brasileiro

O orçamento tradicionalmente é a peça de previsão de receita que autoriza as despesas que serão efetuadas pelo Estado, pautado no gasto que será realizado.

Já na Constituição de 1824, era competente o Poder Legislativo para a confecção da proposta orçamentária; em 1826, a competência para elaboração da proposta orçamentária passou para o Poder Executivo. A Constituição de 1891 retornou a competência para o Legislativo, além de caber ao Congresso não só o projeto orçamentário, mas também fiscalizar os gastos estatais. A Constituição de 1934, por sua vez, retornou a competência da proposta orçamentária para o Poder Executivo.²⁶²

Nas Constituições de 1937, 1946 e 1967 manteve-se a competência de elaboração do orçamento como responsabilidade do Poder Executivo. A Constituição de 1988 foi a que mais fez alterações referentes ao orçamento, criou o PPA, a LDO e os Planos e Programas Nacionais, Regionais e Setoriais de Orçamentos. Posteriormente, no ano de 2000 editou-se a lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).²⁶³

Da mesma maneira que a competência para elaboração do orçamento passou por uma evolução até a Constituição Federal de 1988, os tipos/técnicas de elaboração do mesmo também mudaram.

²⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Ed. RT, 1972, p.267-275.

²⁶² CARNEIRO. Op. Cit. p. 80.

²⁶³ Id., Ibid., mesma página.

Iniciou-se com o orçamento tradicional ou clássico, que era aquele em que a lei orçamentária era vista como uma lei que previa a receita e fixava as despesas por um determinado período de tempo. “Nesse conceito, não há preocupação com o planejamento, com a intervenção na economia ou com as necessidades da população – o orçamento é apenas um ato que aprova previamente as receitas e despesas públicas”.²⁶⁴

O orçamento desempenho ou de realizações tinha sua base na premissa do desempenho funcional, procurando estabelecer as realizações governamentais em detrimento aos elementos de despesa, caracterizado pela evolução do orçamento clássico:

Esse tipo de orçamento foi utilizado no Brasil depois do orçamento tradicional até chegarmos ao orçamento programa, que passou a vigorar após a Lei 4.320/64, na qual o orçamento passou a se pautar não mais pelo passado, mas sim por um planejamento (plurianual) pormenorizado para o futuro, daí ser chamado de **orçamento programa**, enfatizando os fins (metas e prioridades) e não os meios. Esse tipo de orçamento visa a dar cumprimento às metas orçamentárias em cada exercício financeiro, de modo que se façam cumprir às etapas previstas no Plano Plurianual.²⁶⁵

O orçamento base-zero foi desenvolvido inicialmente por uma empresa norte-americana denominada *Texas Instruments*, sendo adaptado para o modelo governamental a pedido de Jimmy Carter, na época governador da Geórgia. Defendia-se que como a administração pública é genuinamente uma prestadora de serviços e como tal, poderia utilizar do sistema orçamentário base-zero. Conforme o modelo, os atos de um programa de governo constituiriam unidades de decisão, as quais necessitariam de recursos que seriam avaliados em pacotes de decisão. “Esses descrevem os elementos significativos das ações: finalidades, custos e benefícios, carga de trabalho e medidas de desempenho, maneiras alternativas de alcançar as finalidades, benefícios obtidos com diferentes níveis de recursos e etc”.²⁶⁶ Esse tipo de orçamento serve de técnica para a elaboração do orçamento programa, consistindo na avaliação analítica dos recursos solicitados pelos órgãos do Governo.

O orçamento participativo ou responsável é o que permite a participação da população ativamente na gestão pública, possibilitando ao cidadão que informe aos órgãos de controle interno ou externo a existência de irregularidades no orçamento.²⁶⁷

E, finalmente, o orçamento incremental conceituado como “aquele que, a partir dos gastos atuais, propõe um aumento percentual para o ano seguinte, considerando apenas o

²⁶⁴ PALUDO. Op. Cit. p. 6.

²⁶⁵ CARNEIRO. Op. Cit. p. 82.

²⁶⁶ GIACOMONI. Op. Cit. p.185.

²⁶⁷ CARNEIRO. Op. Cit. p. 82.

aumento ou diminuição de gastos, sem análise de alternativas possíveis”. Positivamente, esse tipo de orçamento permite que em pouco tempo e pouca pesquisa seja elaborado, somente comparando os itens atuais com os do orçamento anterior. Negativamente, não possibilita a correção de falhas anteriores. Este tipo de orçamento ainda é utilizado no Brasil, embora extraoficialmente. Por meio de negociações políticas tenta-se aumentar o orçamento obtido para o mesmo item em anos anteriores. De técnica rudimentar, este tipo de orçamento foca em itens de despesas em vez de pensar em objetivos que querem ser alcançados pelos programas propostos no orçamento.²⁶⁸

A tabela abaixo esquematiza o orçamento público pelas suas técnicas, observando a finalidade possível de ser alcançada, a ênfase dada, a classificação e as características:

Tabela 1: Orçamento Público.

Orçamento Público				
TIPOS/Técnica	Finalidade	Ênfase	Classificação	Características
TRADICIONAL	Controle Político	Objeto do Gasto	Institucional	Nenhuma vinculação com planejamento
				Não utilizava indicadores de resultado
			Elemento de Despesa	Valorização do aspecto jurídico
				Neutralidade em relação à economia
DESEMPENHO	Controle Político	Desempenho	Institucional	Alguma utilização de indicadores
	Instrumento da Administração		Categoria Econômica	Não havia vinculação com planejamento
	Instrumento de Intervenção na Economia	Resultados (eficácia)	Por Programas	Preocupação com os custos dos programas
			Por Funções	Apresenta propósitos e objetivos para os gastos
PROGRAMA	Controle Político	Realizações	Institucional	Elo de União entre Planejamento e Orçamento
	Instrumento da Administração		Funcional	Identificação clara de objetivos
		Instrumento de Intervenção Econômica	Natureza da Despesa	Utilização sistemática de indicadores
			Estrutura Programática	Indicação do custo total dos programas
BASE-ZERO	Controle dos gastos excessivos ou desnecessários	Eficiência na Alocação dos Recursos	Não Considera Importante	Não valoriza prioridades históricas
				Foca objetivos e metas atuais
				Exige justificativa detalhada para cada despesa
				Análise e avaliação de todas as despesas

²⁶⁸ PALUDO. Op. Cit. p. 13.

	Instrumento da Administração para a Seleção das melhores alternativas			Pode proporcionar redução de gastos
PARTICIPATIVO	Promoção da Cidadania	Despesas com investimentos	Categoria Econômica (investimentos)	Participação Direta dos Cidadãos
	Fortalecimento da Democracia			Decisão das prioridades pela população local
INCREMENTAL	Controle Político	Itens de Despesa		É baseado no orçamento anterior
				Não há comparações com alternativas
	Manutenção das Atividades	Incremento de Dotações	Elemento de Despesa	Incremento mediante barganha política
				Técnica rudimentar que foca itens de despesa em vez de objetos

Fonte: PALUDO, Augustinho. **Orçamento Público, Administração Financeira e Orçamentária e Lei de Responsabilidade Fiscal**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.14.

De todos os tipos de orçamento acima especificados, o modelo hoje utilizado no Brasil é o orçamento-programa. Foi possibilitado através de Lei n. 4320/1964, reforçado pelo Decreto-lei n. 200/1967, colocado em prática através do Plano Plurianual 2000-2003. “O Orçamento Programa é o atual e mais moderno Orçamento Público, está intimamente ligado ao planejamento, e representa o maior nível de classificação das ações governamentais.” Integra a ideia de planejamento com orçamento tendo como objetivo metas a alcançar, pautado nos resultados. [...] “Não há orçamento Programa sem definição clara de objetivos. Essa integração é feita através dos “programas”, que são os “elos de união” entre planejamento e orçamento”.²⁶⁹

Para Silva o orçamento programa “trata-se de planejamento estrutural, porque todos os planos e programas têm suas estruturas estabelecidas segundo o plano plurianual (artigo 165, § 4º)”.²⁷⁰

Machado Júnior, em 1967, escreveu um artigo comentando a respeito das primeiras experiências em orçamento-programa no Brasil, mencionando o Rio Grande do Sul, o Paraná, Brasília, entre outros. Cita que a lei n. 4.320/64 fazia referência a programas em vários de seus dispositivos, mas não se pode asseverar que esta lei estabeleceu as bases para a implantação do orçamento-programa. Não obstante, “[...] a Lei 4.320 passou a ser denominada a lei do orçamento-programa, a menos que a classificação econômica das

²⁶⁹ PALUDO. Op. Cit. p. 9.

²⁷⁰ SILVA. Op. Cit. P.737.

transações governamentais esteja sendo confundida como classificação funcional ou por programas [...]”.²⁷¹

Conforme ainda menciona José Teixeira, o governo federal, ainda em meados da década de 70, viu-se forçado a racionalizar as finanças da União, as quais apresentavam um déficit orçamentário, mas possuíam entrada de capital permanente e crescente, optando pelo modelo orçamento-programa, “[...] como um meio de comando da conjuntura econômica do país, como um processo de comando da administração pública, e, por fim, como um sistema de programação dos desembolsos do Tesouro Nacional.” Cita que a proposta orçamentária para o Exercício de 1967 iniciou o caminho para a implantação do orçamento-programa, classificando as categorias econômicas em programas, e subprogramas, subdivididos o último em projetos e atividades.²⁷²

2.4. APONTAMENTOS PARA UM ORÇAMENTO PÚBLICO COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ORDENAMENTO PÁTRIO - ENFATIZANDO A “FUNÇÃO PLANEJAR”.

A Constituição Federal de 1988 possui uma sistematização no que se refere ao orçamento público. Em se tratando de legislação infraconstitucional, vige a Lei ordinária nº 4.320/64 que, embora seja uma lei ordinária, só pode ser disciplinada por lei complementar, o que lhe garante *status* de lei complementar, vigendo ainda a lei complementar nº 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Com os preceitos emanados de todos os dispositivos normativos supramencionados, têm-se o conjunto de princípios de direito financeiro, as técnicas orçamentárias, e as diretrizes para a elaboração do PPA, LDO e as LOAs.

2.4.1 Conceito e considerações referentes à “função planejar”

O processo de elaboração da lei orçamentária, como já mencionado, não é simples, exigindo toda uma organização por parte dos gestores estatais. Quanto melhor planejado e organizado estiver o Executivo, melhores serão as escolhas por ele feitas referentes a onde, quando e como aplicar o capital do Estado.

²⁷¹ MACHADO JÚNIOR, José Teixeira. **A experiência brasileira em orçamento-programa – Uma primeira visão.** Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v.1, nº 1, p. 145-172, 1967.

²⁷² Id., Ibid.

Após a elaboração do PPA, da LDO e das respectivas LOAs, evidencia-se a importância dos gestores que aplicarão os recursos em todos os níveis do território nacional. De nada adianta escolhas políticas sérias para alocações de recursos se são elas mal gerenciadas, mal empregadas. Nesse ponto entra o direito, que deve traçar mecanismos de controle dos gastos públicos, regulamentando a publicidade, transparência e resultados.

Os gestores e contratados do Estado para atuar são os atores que fazem com que o serviço público funcione. No entanto, o conceito de serviço público passa por crises constantemente, e, conforme Aragão, [...] “o serviço público é, desde sua origem, uma noção em permanente crise”. No mesmo trabalho o autor indica duas grandes crises do conceito de serviço público. Menciona que a primeira ocorreu em meados do século passado devido ao aumento da intervenção estatal na economia e pelo exercício direto pelo Estado de algumas atividades econômicas, comerciais e industriais que não possuíam diretamente identificação com os interesses coletivos, o que significou um avanço da esfera pública sobre a privada. A segunda crise dos serviços públicos iniciou-se na década de oitenta do século passado, e teve razão inversa da primeira, pois se consubstanciou “[...] em um aumento da atuação da iniciativa privada na economia, com a devolução ao mercado de uma série de atividades que dele foram retiradas ao longo do século passado”.²⁷³

O referido autor sugere como propostas para resolver o impasse conceitual de serviço público duas possibilidades:

1º) reduzir a ideia de serviço público apenas às atividades, cada vez menos numerosas, que continuam sendo de titularidade estatal, e atribuir a alcunha de *public utilities* às atividades que passaram à iniciativa privada, que também poderiam ser chamadas de atividades privadas regulamentadas, atividades privadas de interesse público, atividades econômicas de interesse geral, ou outra nomenclatura que se preferir; ou, 2ª) em uma outra alternativa conceitual, se considera essas atividades recentemente liberalizadas uma espécie de serviço público, lançando-se mão eventualmente da velha nomenclatura de “serviços públicos impróprios” ou “virtuais”.²⁷⁴

Indiferentemente do conceito de serviço público adotado, manter-se-á o instituto no direito brasileiro, até porque assim apregoa o artigo 175 da Constituição Federal de 1988, ser de titularidade do Estado a premissa do serviço público. Nesta oportunidade entra em voga novamente o orçamento público, pois é através dele que será o serviço público prestado,

²⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. O Serviço Público e as suas Crises. In: BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Renovar: São Paulo, 2007. p. 615 a 618.

²⁷⁴ Id., Ibid., p. 620 e 621.

independentemente de ser o conceito de serviço público extensivo ou não, sendo que seu cumprimento caberá aos gestores públicos, através de suas competências e eficiência, a qualidade dos serviços prestados, além de recursos financeiros para uma adequada execução.

O orçamento público, para abarcar os interesses constitucionais, precisa ser racional, embora essa racionalidade nunca seja completa, pois envolve um grande número de variáveis além da “[...] natural dificuldade de se equacionar um conjunto virtualmente infinito de interesses e coordenar a atividade de um número imenso de agentes públicos”.²⁷⁵

Cuida a Constituição Federal, conforme afirma Eros Grau, de um planejamento do desenvolvimento econômico, quando deveria cuidar de um planejamento da ação estatal. O planejamento traçado na Constituição infla ideias de organização econômica, referentes à previsão de receitas e autorização de gastos, [...] “é forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos”²⁷⁶. Menciona ainda que a Constituição que hoje surge é a Constituição dirigente e, como tal, [...] “impõe-se também a percepção de que emerge, ao lado da função normativa, da função jurisdicional e da função administrativa, delas distintas, a função de planejar”.²⁷⁷

Com uma visão de organização estatal, pautada no bem social e não nos interesses de grupos sociais detentores do poder, afirma-se que o orçamento público visualizado como orçamento programa, pode e deve servir de estruturador do planejamento emanado de uma Constituição dirigente, como a brasileira. Não só pautada no planejamento econômico, com a previsão de receitas públicas e autorização de despesas públicas, mas também no planejamento estrutural, objetivando e decidindo por priorizar determinados interesses que poderão melhorar a situação do desenvolvimento humano brasileiro, organizando o que deve ser feito pelo Estado para se atingir o bem comum, criando a “função de planejar” do Estado.

Para falar-se em uma “nova função” do Estado, qual seja, a de planejar, deve-se primeiramente traçar o alcance do verbo planejar. O signo linguístico planejamento encontra definição no dicionário Houaiss da Língua Portuguesa como: “serviço de preparação de um trabalho, de uma tarefa, com o estabelecimento de métodos convenientes; planificação; determinação de um conjunto de procedimentos, de ações, visando à realização de

²⁷⁵ MENDONÇA, Eduardo. Alguns Pressupostos para um Orçamento Público conforme a Constituição. In: BARROSO. Op. Cit. p. 638.

²⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2012. p. 338 e 339.

²⁷⁷ Id., Ibid., mesma página.

determinado projeto”.²⁷⁸ Percebe-se que o ato de planejar alguma coisa não é uma atividade simples. Necessita primeiramente, como a própria definição do conceito o diz, estabelecer métodos convenientes, planificar. Tudo ou quase tudo que é feito sem um método tende a atingir resultados imprecisos. Portanto, *a priori*, faz-se necessário a elaboração de um método nacional para ser seguido por todo o território, o que é feito, no caso do orçamento público, através do PPA e da LDO.

Em sequência, no dicionário anteriormente citado conceitua-se planejador como sendo o “indivíduo especialista em planejamentos”.²⁷⁹ Significado esse que coloca mais uma variável na equação, o indivíduo especialista em planejamentos. Além das duas variáveis já apresentadas, deve-se somar as variáveis objetivos a serem atingidos, o tempo almejado para alcançar determinado objetivo e os meios para atingir o mesmo. A ordem dos fatores, neste caso, altera o produto. Inicialmente é preciso ter sujeitos capazes, competentes e especialistas em planejamento. Posteriormente há a necessidade de definição do método para atingir o objetivo e, por fim, o tempo necessário para tanto, pois um planejamento sem uma variável de tempo eleva o planejamento ao patamar de utopia.

PLANEJAMENTO ESTATAL
PLANEJAMENTO QUALITATIVO = INDIVÍDUO ESPECIALISTA + MÉTODO + OBJETIVO + MEIO + TEMPO

Se quaisquer das variáveis acima apontadas não funcionarem a contento todo o planejamento resta prejudicado. Existem também variantes externas à equação que precisam ser computadas, como o conhecimento de todo o sistema normativo referente ao tema, como a Constituição Federal de 1988, englobando o PPA, a LDO e as LOAs, Lei n. 4.320/64, a lei de responsabilidade fiscal e os princípios de direito financeiro.

2.4.2 Políticas Públicas e o Orçamento: a importante função dos agentes públicos para a concretização do Estado Democrático e Social de Direito

²⁷⁸ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2233.

²⁷⁹ Id. Ibid. mesma página.

O orçamento público brasileiro se apresenta como peça principal do direito financeiro. Desde os primórdios, desejava-se que o orçamento equilibrasse as forças sociais existentes dentro de cada nação. Baleeiro muito bem define essa inicial necessidade como “uma penosa e multissecular cadeia de lutas políticas tornou a elaboração orçamentária indispensável ao equilíbrio dos interesses antagônicos em volta do poder”²⁸⁰. Ditas batalhas travavam-se, no início, mais no sentido de controlar as imposições dos Estados para com seus cidadãos do que uma real preocupação com o que seria feito com o valor arrecadado. Hoje a finalidade vai além, pretendendo legitimar e controlar tanto receitas como despesas, inclusive tecendo responsabilidade a qualquer um que não as cumpra.

As características do orçamento público foram alteradas com o passar dos anos redirecionando de um sistema de controle do Estado para toda uma programação de Estado. É figura que possibilita a previsão de receitas e autorização de gastos por certo período e para cada ente federativo. Registra, embora algumas vezes subliminarmente, as políticas públicas eleitas pelo Estado. No entanto insurge a pergunta: será que o orçamento público brasileiro possui recursos suficientes para abarcar todas as políticas públicas eleitas pelo Estado? Se sim, são as dotações orçamentárias utilizadas conforme as políticas traçadas? Nas palavras de Barros:

Atualmente a lei orçamentária apresenta-se como o instrumento por excelência de garantia de direitos individuais e sociais, na medida em que é nela que estarão presentes as previsões de gastos do Estado na implantação de políticas públicas, de acordo com os valores eleitos pela Constituição Federal. Nesse contexto, exsurge a necessidade de que: (a) o orçamento preveja recursos suficientes para o atingimento dos objetivos fundamentais da CF/1988, em um universo de escassez de recursos; e (b) as dotações orçamentárias destinadas à implantação de tais políticas sejam efetivamente aplicadas pelo executor do orçamento.²⁸¹

Sobre o orçamento público repousa discussão referente a ser ou não ser lei de efeitos concretos, questão discutida no item 3.3.1. Já no caso da execução do orçamento se apresenta outra discórdia, qual seja avaliar se a execução do orçamento é um ato discricionário, visto ser executado por agentes públicos, ou se é um ato vinculado. A questão aparece quanto à parte do orçamento que se refere à autorização das despesas, por óbvio que as receitas são meramente previstas, orçadas.

No item orçamentário relativo às despesas, essas podem ser divididas em despesas de caráter permanente/continuado, exemplificando com: 1- remuneração de servidores e etc.; 2-

²⁸⁰ BALEEIRO. Op. Cit.P. 522.

²⁸¹ BARROS, Maurício. Orçamento e Discricionarietà. In: CONTI, Maurício e SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 976.

gastos constitucionalmente obrigatórios, exemplificando com a saúde; 3- alguns recursos públicos que foram pela Constituição vinculados a finalidades e despesas específicas, como às transferências obrigatórias; 4- além das receitas arrecadadas na instituição de empréstimos compulsórios e impostos extraordinários, que se vinculam as causas que autorizaram sua criação. Tais despesas são gastos vinculados, dessa forma, não podem ter caráter discricionário.

Pode-se afirmar que o orçamento público em sua criação tem natureza mais aproximada do conceito de vinculação do que de discricionariedade.

O agente que executa o orçamento possui certa discricionariedade com relação a alguns itens orçamentários. No entanto esta discricionariedade se apresenta relativa, pois sempre precisa o agente atingir determinada finalidade pública, conforme apregoadado pela sistemática jurídica. Nas palavras de Barros:

É na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello que se pode encontrar alguns nortes para as respostas quanto à efetiva discricionariedade do administrador na execução orçamentária, em monografia que se tornou paradigma nas discussões quanto aos limites da discricionariedade na esfera administrativa. O insigne professor argumenta que a discricionariedade não configura uma liberdade total na atividade administrativa, pois o administrador público está permanentemente vinculado ao atingimento de certas finalidades determinadas pelo sistema jurídico, o que faz com que o “poder” seja, a bem da verdade, um “dever” de agir. Dessa forma, aduz que “o chamado ‘poder discricionário’ tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal”, pois “só assim poderá ser corretamente entendido e dimensionado, compreendendo-se, então, que o que há é um dever discricionário, antes que um ‘poder’ discricionário.”²⁸²

Ribeiro menciona que é necessário ser demonstrado pela Administração Pública que os objetivos constitucionais traçados no artigo 3º estão sendo observados na elaboração orçamentária, visto que a Carta Magna direcionou a conduta tanto do administrador quanto do legislador para que suas diretrizes fossem cumpridas. É dizer que a discricionariedade que possui a Administração Pública lhe garante liberdade no modo de concretizar os objetivos republicanos, não devendo ser essa liberdade confundida.²⁸³

Ainda por sua vez, Piscitelli se pronuncia sobre a questão:

Seja na produção e fornecimento de bens e serviços públicos, seja atuando nas clássicas funções tendentes a promover o crescimento, a redistribuição e a

²⁸² BARROS. Op. Cit.p. 1002.

²⁸³ RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de Políticas Públicas: Uma Questão Orçamentária. In: CONTI, Maurício e SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1092.

estabilização, o Estado é o agente fundamental que, por meio de diferentes políticas, pode interferir decisivamente na atividade econômica de qualquer país”.²⁸⁴

Dentro dos objetivos escolhidas pelo Estado, representados na peça orçamentária, o agente público têm a função de executar as diretrizes propostas, em época que o orçamento é mínimo quando comparado às necessidades, exigindo-se dos administradores escolhas ingratas. Várias áreas que deveriam ser garantidas pelo Estado Democrático e Social de Direito acabam sendo preteridas por outras de ainda maior relevância. Frisa-se que o orçamento público brasileiro é menor que o desejado, embora a população sofra com uma carga tributária alta, sendo a partilha entre os entes da federação também controversa. Desta feita, é possível afirmar que a sociedade desempenha importante função [...] “no alcance de objetivos sociais, a solidariedade não pode ser invocada como justificativa para mais aumento da carga, e sim como técnica responsável de ponderação entre o campo de atuação de Estado e da sociedade”.²⁸⁵

Nesse caso analisam-se algumas premissas verdadeiras: o orçamento não consegue atender o mínimo necessário social, a sociedade, em tese, não pode arcar com maior carga tributária do que a existente que, em tese, penaliza o crescimento econômico e o empreendedorismo. Como proceder para que o Estado consiga cumprir as mínimas expectativas da sociedade preconizadas na Constituição Federal através da nomenclatura: direitos de 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, sendo que já existem autores falando em 6ª geração.

Muitos economistas, profissionais do direito, dentre tantos outros, se prestam na incansável reflexão de procurar saídas nesse labirinto de Dédalo²⁸⁶, em que cada vez mais os caminhos se entrecruzam. É necessária a junção de aptidões para se obter o resultado almejado: um orçamento bem construído, com meios e metas claros além de correta execução.

Além dos fatores já mencionados, como meios e metas claros na construção do orçamento público e profissionais aptos à execução orçamentária, faz-se necessário invocar a ideia de orçamento participativo, com a introdução de audiências públicas e, principalmente, fiscalização da comunidade. Embora seja o orçamento público de elaboração inicial do Executivo e aprovado pelo Poder Legislativo, o inc. XII, do artigo 29 da Constituição Federal,

²⁸⁴ PISCITELLI; NOBRE. Op. Cit., p. 18-20.

²⁸⁵ MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. A Mudança do Paradigma Orçamentário: do Controle do Estado para a implementação de políticas públicas. A função da receita pública no Estado Democrático e Social de Direito. In: CONTI, Maurício; SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1049.

²⁸⁶ Na mitologia grega, Dédalo era um brilhante escultor e construtor, a quem foi incumbido a tarefa de construir um labirinto para aprisionar Minotauro, um monstro metade homem e metade touro. O labirinto construído por Dédalo era tão perfeito que até mesmo ele encontrava dificuldade para sair do local.

prevê a cooperação de associações representativas no planejamento municipal, o que importa na possibilidade de que a sociedade intervenha nas decisões referentes às escolhas de alocação de recursos. Para mais, a lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 48, e a Lei 10.257/2001, Estatuto da Cidade, em seus artigos artigo. 2º, inciso II, e 4º, inciso III, alínea f, e 43 a 45, que, conjuntamente, ainda regulamentam a temática do orçamento participativo.²⁸⁷

O artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal deixa subentendido à necessidade da participação da população nas escolhas alocativas da lei orçamentária e principalmente a fiscalização pela aplicação dos recursos conforme previsão orçamentária. Para clarificar tal posicionamento adveio à lei complementar 131/2009, que buscou garantir o acesso a qualquer interessado aos dados públicos. Conforme Cruz:

Entende-se que a informação deva representar, para quem recebe a mensagem, um impacto capaz de provocar reação ou decisão. Pode-se inferir, portanto, que o emissor da comunicação, seja ela um dado, uma mensagem ou qualquer outro sinal, deva atentar para as qualidades de captação e meios de absorção do receptor. Expor números ou detalhar situações que não provocam reação, ou sequer são legíveis para os leitores e leitoras, significa ater-se na produção de dados.

Parece elementar focar nos receptores, que para o caso em comento é a sociedade como um todo, as formas de dados a veicular visando essencialmente alcançar a partir do entendimento amplo uma eficácia interpretativa e transformar determinado conjunto de dados em informação. Portanto, em princípio, para o emissor, num primeiro momento há a geração de dados. Haverá informação proporcional ao êxito em detectar as necessidades e, de fato, atingir o interesse das pessoas, em diferentes segmentos, acerca da gestão estatal e não apenas de determinada gestão governamental.²⁸⁸

²⁸⁷ Artigo 29 da CF: **O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal; Art. 48. Da Lei de Responsabilidade Fiscal: São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.** Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: I - incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; II - liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; III - adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A. Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48 , os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a: I - quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado; II - quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários (grifo nosso).

²⁸⁸ VICCARI JUNIOR, Adauto; GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélio; TREMEL, Rosângela. In: CRUZ, Fábio da. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Adendo à 7ª Edição. Contém, no Apêndice, considerações acerca da Lei nº 10.028/2000 (lei penal) e alguns mecanismos para auxiliar o controle social das finanças públicas. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

No entanto, a democracia participativa não é um objetivo fácil de atingir. Primeiramente, para ser exercida plenamente é necessário que os cidadãos estejam informados acerca da realidade do Estado, como suas políticas públicas, seus objetivos e metas. Num primeiro olhar percebe-se que o “homem médio” não tem conhecimento nem da legislação que autoriza sua participação nas discussões referentes à elaboração orçamentária, e nem acerca dos métodos para o exercício dessa democracia participativa. Alguns poucos que detêm o conhecimento sobre a sistemática orçamentária, utilizam tais prerrogativas em benefício próprio, de um determinado grupo social e não do coletivo universalizado.

3 CONSIDERAÇÕES REFERENTES AO DIREITO À SAÚDE EM SEU VIÉS ORÇAMENTÁRIO

O direito Social à Saúde foi introduzido no sistema constitucional brasileiro, da maneira que hoje se apresenta universal, integral e de responsabilidade do Estado, na Constituição cidadã de 1988.

Tal inserção tinha a pretensão de garantir a qualquer um sistema de saúde integral, mantido pelo Estado e garantido a todos que dele quisessem fazer uso. Acontece que o Brasil, país de grande extensão territorial, em que a divisão de meios e recursos entre sua população é extremamente desigual, de tal sorte que, deixar sua população a mercê do sistema capitalista reinante equivale há comprar um belo carro, no entanto não possuir carteira de habilitação e pior, não saber dirigi-lo. Assim é o cenário da saúde pública brasileira posterior a Constituição de 1988. Um sistema complexo, com vários desdobramentos, mas com poucos recursos para sua execução.

A Constituição Federal de 1988 também garantiu outros direitos, pautada sempre na premissa de justiça social, garantidores do Bem-Estar da população. Refletindo acerca da ordem econômica constitucional de 1988, segue o entendimento de Eros Roberto Grau a respeito da temática:

Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micros, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.²⁸⁹

Desta feita entende-se que, embasado no caráter social, tem o Estado, pós-constituição de 1988, o dever de garantir a justiça social, no quesito saúde debatido, através de aporte financeiro ao Sistema Único de Saúde Brasileiro.

3.1 ORGANIZAÇÕES SANITÁRIAS DESDE O “DESCOBRIMENTO”, CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE BRASILEIRO, SUA REGULAMENTAÇÃO E DESAFIOS PÓS-88.

²⁸⁹ GRAU. Op. Cit. p. 224.

A colonização brasileira foi essencialmente por degredados e aventureiros desde 1500 até o império, não existindo interesse por parte do colonizador (Portugal) em criar um sistema de saúde para os que aqui viviam.²⁹⁰

É quase certo que os índios de antes de Cabral morriam de acidentes ou de velhice, pois não viviam sob o perigo de qualquer doença grave. Os males vieram de outros países, ou nasceram aqui mesmo, na promiscuidade das aglomerações humanas posteriores a 1500. Desse ano até 1808, não havia na Colônia qualquer organização responsável pela proteção contra surtos de doenças transmissíveis. Entre 1521 e o final do século XVII, havia apenas uma autoridade sanitária, os “comissários-delegados”, que eram os representantes do Físico-Mor e do Cirurgião-Mor do Reino. As atribuições desses comissários eram: conceder graduações aos físicos, licenciar boticas e autorizar o exercício de atividades na arte de curar. Nesse período, as atividades sanitárias se reduziam à fiscalização dos gêneros alimentícios. Os que não estivessem em boas condições deveriam ser apreendidos e destruídos.²⁹¹

O controle da saúde no Brasil iniciou-se no século XIX, com a chegada da família real portuguesa. Naquela época, realizavam apenas atividades de luta contra a lepra e a peste, sendo feito também, algum controle sanitário, direcionado às ruas e portos.

Dom João VI, no ano de 1808, criou o Colégio Médico-Cirúrgico no Real Hospital Militar da Cidade de Salvador, no Estado da Bahia, sendo que em novembro do mesmo ano fora fundado a Escola de Cirurgia do Rio de Janeiro.²⁹²

No ano de 1828 a administração sanitária ficou sob responsabilidade das Câmaras Municipais posteriormente a supressão das funções de Cirurgião e Físico-Mor²⁹³. Decretou-se a vacinação antivariólica, no entanto, audaciosa decisão foi de impossível execução visto que a estrutura de Saúde Pública era precária. Datado de 1851 decreto que restabeleceu o regime de controle central dos serviços sanitários, extinguindo assim a municipalização da saúde. Tal decreto também criou a Junta de Higiene Pública, subordinada ao Ministro do Império. Essa Junta, depois de sete anos de existência, concluiu que o melhor a se fazer era descentralizar a Saúde Pública no Brasil. Porém, todo o trabalho de quarentena de navios suspeitos, desinfecção cadavérica para evitar surtos, vacinação contra varíola, ficava restrito a capital do país, seguindo nessa sistemática por quase um século.²⁹⁴

²⁹⁰ POLIGNANO, Marcus Vinícius. **História das Políticas de Saúde no Brasil**. Disponível em: <<http://www.fag.edu.br/professores/yjamal/Epidemiologia%20e%20saude%20publica/Historia%20e%20estrutur%20a%20SUS.pdf>>. Acesso em: 10/11/2012.

²⁹¹ CAMARGO, Enjolras José de Castro. **Estudo de Problemas Brasileiros**. Editora Atlas, São Paulo: 1986. p. 249.

²⁹² POLIGNANO. Op. Cit.

²⁹³ Na época em que Dom João VI criou o Colégio Médico-Cirúrgico trouxe ao Brasil alguns dos melhores cirurgiões de Portugal, lançando as bases da primeira organização nacional de Saúde Pública, criando através de alvarás, em 1808, os cargos de Cirurgião-Mor e Físico-Mor.

²⁹⁴ CAMARGO. Op. Cit.. p. 250.

A partir de 1870 o Estado age mais efetivamente na saúde, usando para isso o modelo “campanhista”, qual seja, **autoridade e força policial**. Esse modelo fora proposto por Oswaldo Cruz, que era na época Diretor do Departamento Federal de Saúde Pública. No ano de 1904 cria-se a lei Federal nº 1261, que obrigava a vacinação antivaríola em todo o território nacional, tal campanha fez surgir à revolta da vacina, visto que a população não possuía informações sobre o que era o movimento, criando até mesmo mitos de extermínio dos pobres e negros.

A Constituição Federal de 1891 faz referência de maneira restritiva à premissa de saúde em um âmbito global, quando suscita o tema no artigo 175, “a aposentadoria poderia ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez nos serviços da Nação”.²⁹⁵

Em 1923, devido ao crescimento das empresas, criaram-se as caixas de Pensão e Aposentadoria, as quais eram subsidiadas a partir de contribuições dos funcionários. Através delas só tinha direito a saúde e previdência quem contribuía para a mesma. Esta forma de atividade vigorou até 1930, quando houve a estruturação básica do sistema público de saúde, passando a realizar também ações curativas. Criaram-se os Institutos da Previdência, que contavam com hospitais próprios e ofereciam saúde de caráter curativo.²⁹⁶

Anteriormente, via-se o usuário do sistema como uma peça da máquina produtiva do Estado, de forma que quando o trabalhador ficava doente pensava-se em uma peça quebrada e como tal precisava ser consertada. O trabalhador não era visto como um ser humano que requeria cuidados com sua saúde, mas sim como uma “peça” que faria com que as empresas não produzissem de maneira adequada, por isso, deveria ser consertada se possível, senão, descartada.

A saúde pública, naquela época, não era universalizada, somente destinava-se aos conveniados aos Institutos da Previdência - IAP, é dizer, aos trabalhadores. Durante o período militar, os IAPs foram reunidos e transformados no Instituto Nacional de Previdência Social-INPS. Todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do sistema em questão, no entanto, a grande maioria da população era excluída da saúde pública, pois não possuíam carteira assinada²⁹⁷.

Na Carta Magna de 1946, a assistência à saúde continua sendo privilégio do trabalhador, porém já havia questionamentos intuindo estender o direito, o que fez surgir em

²⁹⁵ MARTINS. Op. Cit. p.41.

²⁹⁶ BARROSO. Op. Cit..p.13.

²⁹⁷ Id. Ibid. p. 14

1950 o Ministério da Saúde. Em 1954 a Lei n. 2.312 faz menção sobre normas gerais de “Defesa e Proteção à Saúde”.

Posteriormente esta lei foi regulamentada pelo Decreto nº 49.947, de 21.01.1961 (Código Nacional de Saúde). O artigo 1º do aludido decreto dispõe que a obrigatoriedade de observância das referidas normas gerais é dever de qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, inclusive Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios, instituições civis ou militares, entidades autárquicas, paraestatais e privadas. Esse Código preceitua ainda sobre a responsabilidade do Estado na adoção de medidas preventivas de caráter geral, defesa e proteção da saúde da coletividade (artigo 2º). O artigo 5º concede a possibilidade de auxílio financeiro e material de pessoal, para a realização de serviços de assistência médico-sanitária, cujos planos deveriam ser aprovados e sua execução fiscalizada pelo Ministério da Saúde.²⁹⁸

No Governo de Costa e Silva houve desordem no Direito Sanitário. O Decreto de nº 200, que dispunha sobre a Reforma Administrativa de Castelo Branco, em seu artigo 156 determinou que a formulação e coordenação da política nacional de saúde caberia ao Ministério da Saúde. Tal Ministério visava basicamente três objetivos, intensificação de combate às doenças transmissíveis; melhora na produtividade do sistema de proteção e recuperação da saúde, proporcionar aumento de atendimentos médicos e expandir a rede de unidades locais de saúde.²⁹⁹

Em 1960 já se questionava a deficiência do orçamento para as ações de saúde, mencionando que a arrecadação de impostos, naquela época, era em maioria feita pelo governo federal, sendo impossível que os Municípios pudessem arcar com o financiamento municipal da saúde, demonstrado através do estudo de Mascarenhas:

O Brasil é um vasto país subdesenvolvido, com uma renda per capita nacional ao redor de 120 dólares, em 1960, variando, segundo Pedrosa et ali (1965) entre os extremos de 45 dólares per capita no Nordeste e, 243 dólares, nos Estados de Guanabara, São Paulo e Rio de Janeiro. Uma das bases para a classificação de um país, como subdesenvolvido ou não, é a classificação abaixo ou acima da renda média per capita internacional, avaliada em 450 dólares norte-americanos. Uma das características dos países subdesenvolvidos é a inexistência ou precariedade de informes estatísticos disponíveis, inclusive os ligados à saúde pública.[...] Pode-se, apenas com estes dados, afirmar que qualquer nova distribuição de atividades de saúde pública para os governos municipais do Brasil, não pode ser outorgada, como aquelas de administrar as unidades sanitárias locais, sem que se modifique, profundamente, o sistema tributário brasileiro, dando maior quinhão às municipalidades, na arrecadação de impostos, o que não acontecerá nem na reforma tributária que entrará em vigor, a partir de 1967.³⁰⁰

²⁹⁸ MARTINS. Op. Cit. p. 43 e 44.

²⁹⁹ CAMARGO. Op. Cit. p. 252.

³⁰⁰ MASCARENHAS, Rodolfo dos Santos. **Financiamento dos Serviços de Saúde Pública**. Rev. Saúde públ., São Paulo, 1(1):24-37, jun.1967. In: **Clássicos dos Primeiros Dez Anos**. Ver. Saúde Pública; 40(4): 559-72.

A Constituição Federal de 1967 regulamentou a assistência à saúde descrevendo ser de competência da União legislar sobre normas gerais, seguro e previdência social, de defesa e proteção à saúde. Garantiu aos trabalhadores a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, assegurando a previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez, morte, seguro desemprego e etc. Percebe-se que a Carta Magna citada continua com a política anterior de garantir à saúde apenas aos trabalhadores, certificando sua competência legislativa sobre a temática.

No início de 1968, publicou-se o Plano Nacional de Saúde, o qual repassou a assistência médica aos particulares. Através do sistema de arrendamento dos hospitais do sistema público, até então mantidos pelos entes federativos, passaram a ser coordenados por particulares e por valor ínfimo, tendo direito à assistência pública somente indigentes. Todos os demais deveriam pagar pelo atendimento médico e além, pagariam em duplo caráter visto que o desconto sobre folha de pagamento destinado a previdência social não se alterou. Concomitantemente a esta mudança, cinco associações médicas do território de Guanabara se manifestaram de forma fundamentada contra o Plano de Saúde Nacional, quase que em efeito cascata todos se pronunciaram fazendo com que o Governo Médici anunciasse a “reformulação do PNS”, também sem grandes resultados.³⁰¹

Martins cita que “em 1975, por meio da Lei nº 6.229, foi criado o Sistema Nacional de Saúde, separando as ações de saúde pública das ações ditas de atenção às pessoas”. Em 1977, criou-se o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), o qual servia exclusivamente ao atendimento aos portadores de carteira de trabalho. Os desempregados e residentes no interior eram responsabilidade das Secretarias Estaduais de Saúde e dos serviços públicos federais. O PIASS³⁰² foi o primeiro passo rumo à mudança do modelo de atenção à saúde no Brasil.³⁰³

No ano de 1986, fora realizado na cidade de Brasília a 8ª Conferência Nacional de Saúde, a qual contou com participação de várias esferas da sociedade, como prestadores de serviços, gestores, usuários e trabalhadores da saúde. A partir desta Conferência formularam-se propostas de mudança para a saúde, que foram consolidadas na Reforma Sanitária Brasileira. No relatório final da 8ª Conferência Nacional da Saúde, defendeu-se uma ideia de saúde resultante de uma correta condição de alimentação, educação, habitação, renda, meio-ambiente, trabalho, lazer, transporte, emprego, liberdade, acesso a tratamentos de saúde e os

³⁰¹ CAMARGO. Op. Cit., p. 252.

³⁰² PIASS-Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento, que foi implantado em 1979.

³⁰³ MARTINS. Op. cit. p.43 e 46.

bens para o trabalho como a terra. Destarte, começaram a traçar as ideias de saúde como um todo e houve a formação do relatório de base para as discussões na Assembleia Nacional Constituinte de 1987³⁰⁴.

Em um período pouco anterior a Assembleia Constituinte, intensificaram-se os questionamentos acerca da universalização dos serviços públicos de saúde, culminando com a criação do Sistema Único de Saúde - SUS. Ficou estabelecido na Constituição de 1988, em seu artigo 196, ser a saúde direito de todos e obrigação do Estado, ou seja, a prestação de serviço de saúde pelo Estado não estaria mais restrita aos trabalhadores formais, mas sim a toda a população brasileira³⁰⁵.

Em 1990 foi publicado o Decreto nº 99.060, que transferiu o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), que era responsabilidade do Ministério da Previdência para o Ministério da Saúde, sendo o instituto extinto em 1993, através da Lei nº 8.689. A partir da extinção do INAMPS toda a assistência à saúde pública torna-se competência integral do SUS.³⁰⁶

Em 1990 foi editada a Lei n. 8.080, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, conforme preâmbulo da nominada lei. Tal lei menciona em seu artigo 2º que o Estado deveria prover as condições indispensáveis para o pleno exercício da saúde, de caráter universal e gratuito. Não obstante restou a problemática que abarca o sistema até os dias atuais, em um país como o Brasil, de grande extensão territorial e populacional, de onde o Estado arranjará fontes de custeamento? Sendo aquém, desde sua implantação, os recursos aplicados pelo Governo comparados com a real necessidade da população:

No que diz respeito ao orçamento do setor, no período do Governo Collor de Mello, o corte nos gastos do Ministério da Saúde foi de 39%, recuperados em 27% até o final do mandato do presidente Itamar Franco. Conforme Singer (2002), no período dos dois governos, o gasto *per capita* em saúde foi de US\$55, contra US\$63 do Governo Sarney, chegando a um máximo de US\$151 *per capita* em 1997, no Governo Fernando Henrique Cardoso.³⁰⁷

³⁰⁴ CONASS. Para entender a Gestão do SUS. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao.pdf>. Acesso em: 20 de Novembro de 2011. p. 24.

³⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade À Judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, 34/11, abr- jun 2009. p.13.

³⁰⁶ MARTINS, Op. Cit. p.49.

³⁰⁷ PIOVESAN, Márcia Franke. **A construção política da Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. Dissertação de Mestrado. Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2002. 102 p. Disponível

A professora Marques comenta as complexidades que despontaram no cenário nacional:

Em relação à saúde pública, por exemplo, os anos que seguiram a inscrição do Sistema Único de Saúde (SUS) no texto constitucional são repletos de momentos de tensão com a equipe econômica do governo do momento. Isso pode ser caracterizado como uma permanente situação de “cabo de guerra” entre os defensores do SUS e os responsáveis pela política econômica do país, muitas vezes se revelando abandono e/ou rechaço do conceito de saúde pública e, por consequência, de suas bases de financiamento, reduzindo ou fazendo do princípio da universalidade “letra morta”.³⁰⁸

Com a criação do SUS e a Lei n. 8080/1990, iniciou-se um novo padrão no setor da saúde, marcado pela busca da prevenção e promoção da saúde, ampliou-se significativamente a participação popular nos assuntos referentes à saúde, o que obrigou maior transparência aos gastos e possibilitou maior autonomia aos estados e municípios. Ampliou-se a cobertura vacinal; os municípios e estados aumentaram sua participação no financiamento da saúde; criou-se a política de medicamentos genéricos; iniciou-se a implementação do Cartão Nacional de Saúde e etc.³⁰⁹

Apresentando, o novo sistema, panorama conforme as possibilidades dos usuários, a saúde brasileira pode ser dividida em três grupos diferenciados de consumidores, quais sejam: O SUS para todos, no entanto utilizado na maioria das vezes pelos que não possuem planos privados. O sistema autônomo e privado, custeado por famílias e empresas através de seguros e planos de saúde e ainda um terceiro grupo de usuários, os que não possuem plano de saúde e mesmo assim fazem uso do sistema privado, financiado através do pagamento direto dos usuários aos prestadores de serviço. A maioria da população brasileira se enquadra no grupo que faz uso do sistema público de saúde, necessitando o mesmo se adequar a tamanha demanda.

Camargo, citando o médico chileno Abraham Horwitz, que foi Diretor da Organização Pan-Americana de Saúde, seção parte da Organização Mundial de Saúde para as Américas, falava sobre a necessidade de que todos os países tivessem olhos atentos à saúde nacional. Tal

em: <http://portalteses.icict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00009801&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10/10/2012.

³⁰⁸ MARQUES, Rosa Maria. **SUS e Seguridade Social: em busca do Elo Perdido**. Saúde e Sociedade. V. 14, nº 2, maio-agosto de 2005. p. 40.

³⁰⁹ TEIXEIRA, Luciana da Silva. **Desafios para a Saúde 20 anos após a promulgação da Constituição Federal**. In: ARAÚJO, José Cordeiro de; PEREIRA JÚNIOR, José de Sena; PEREIRA, Lúcio Soares; RODRIGUES, Ricardo José Pereira (org.). **Ensaio sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade Brasileira**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2008. V.2. p. 857 e 858.

médico publicou o trabalho intitulado: “O Cuidado da Saúde e o Progresso Social nas Américas” em que nele escreveu: “Os serviços de saúde não devem ser considerados um artigo de luxo, que se consome, mas um investimento, em quantidade e qualidade, de capital humano”.³¹⁰

Pensando nisso, em um sistema de saúde nacional de quantidade, qualidade e capital humano, o movimento sanitarista brasileiro roga por mais recursos, começando assim a formação do complexo sistema de saúde brasileiro, que no ano de 2007 já contava com enorme estrutura, conforme dados abaixo expostos.

Tem-se que o SUS, no ano de 2007 realizou 2,7 bilhões de procedimentos ambulatoriais, 300 milhões de consultas, 11,3 milhões de internações, 350 milhões de exames em laboratórios. No início de 2008, a rede de assistência à saúde brasileira contava com 6,7 mil hospitais, 30,8 mil centrais de saúde, 14,5 mil unidades que prestam serviço de apoio de diagnósticos e terapias, 10,9 mil postos de saúde e 697 prontos-socorros.³¹¹

3.1.1 Panorama Geral da Saúde: Previsão Constitucional

A procura por uma definição do que seja saúde pública advém de bastante tempo, visto que, em 1928 já se discutia a temática no Simpósio produzido pela Associação Americana de Saúde Pública. Entre várias conceituações criadas na época, foi Charles Edward Winslow que obteve maior crédito, publicou seu ensaio na Revista *Sciense* em 1920, sendo citado até os dias atuais em obras que tratam do assunto:³¹²

A saúde pública é a ciência e a arte de prevenir as doenças, de prolongar a vida e de promover a saúde e a integridade física através de esforços coordenados da comunidade para a preservação do meio ambiente, o controle das infecções que podem atingir a população, a educação dos indivíduos sobre os princípios de higiene pessoal, a organização dos serviços médicos e de saúde para o diagnóstico precoce o tratamento preventivo de patologias, o desenvolvimento de dispositivos sociais que assegurem a cada um nível de vida adequado para a manutenção da saúde.³¹³

³¹⁰ CAMARGO. Op. Cit. p. 249.

³¹¹ TEIXEIRA. Op. Cit. p. 858.

³¹² AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada na USP, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-23102006-144712/pt-br.php>>. Acesso em: 10/12/2012.

³¹³ WINSLOW, C. E. A. *The Evolution and Significance of the Modern Public Health Campaign*, New Haven, Yale University Press, 1923. In: AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada na USP, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-23102006-144712/pt-br.php>>. Acesso em: 10/12/2012.

O conceito apresentado envolve vários outros conceitos e uma área vasta, sendo necessária toda uma organização estatal para cumpri-lo. Para tal, evidente que a máquina estatal necessita de dinheiro, financiamento público. O financiamento à saúde no Brasil sempre foi precário, desde a formação das caixas de Aposentadoria e Pensão, que logo após de maneira unificada viraram as IAPs. Nesta época os recursos eram grandiosos, pois havia muitos trabalhadores contribuintes para poucos aposentados e muita corrupção. No ano de 1966, os recursos dos IAPS se reuniram virando o INPS, mantendo sobre apenas uma instituição todos os recursos destinados à saúde e à previdência social.

No início dos anos 80, a crise da saúde intensificou-se, os movimentos de democratização eram vistosos e a saúde cada vez com menos recursos, aliados à corrupção, fortaleceram o movimento pela reforma sanitária, a qual almejava melhoria nas condições de saúde da população, o reconhecimento da saúde como direito de todos entre outros.³¹⁴

Devido à repercussão nacional, em 1988, na Constituição Federal, criou-se a prestação de saúde para todos como dever do Estado, sendo enumerada uma gama de artigos, elencados juntamente aos direitos sociais (artigo 6º), orientando e sistematizando o que seria o SUS.

A Constituição Federal em seu artigo 194, capítulo II, que dispõe sobre a seguridade social assim descreve: a seguridade compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Ainda no artigo 195 diz que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.³¹⁵

O artigo 196 abarca as premissas advindas do movimento sanitário e da 8ª conferência de saúde *in verbis*: “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 a sua promoção, proteção e recuperação.”

O artigo 197 e 199 entendem ser à saúde de relevância pública e traça a responsabilidade do Poder Público na regulamentação, fiscalização e controle, propondo que

³¹⁴ CEAP - Centro de Educação e Assessoramento Popular. **Cartilha Financiamento do SUS: A luta pela Efetivação do Direito à Saúde.** p. 12. Disponível em: <http://www.saude.al.gov.br/files/pactopelasaude/manuais/cartilha_financiamento_do_SUS_a_luta.pdf>. Acesso em: 20/11/2011.

³¹⁵ PINTO, Antonio de Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. **Vade Mecum.** 9ª Ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

possa à saúde ser prestada tanto pela iniciativa privada, como pelo Estado, estabelecendo o caráter dual da prestação de saúde brasileira. Destaca-se que o Brasil implementou um sistema público de saúde e universal, contrariamente ao que estavam fazendo outros países na mesma época, na ideia de redefinição do papel e tamanho do Estado.³¹⁶

O artigo 198 versa a respeito da organização das ações e serviços de saúde, construindo uma rede regional e hierarquizada, criando um sistema único, em todo o território nacional, de atendimento à saúde, tendo como características a descentralização, integralidade no atendimento e participação social. Concluindo a seção destinada à saúde e seus princípios, o artigo 200 define competências gerais do sistema que serão especificados na Lei Orgânica da Saúde (LOS).³¹⁷

Para regulamentar a prestação pública de serviços à saúde, a União aprovou a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080/90 que instituiu o SUS) e a Lei 8142/90. A última dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. São princípios do SUS: **universalidade, integralidade, equidade, participação da comunidade, descentralização político-administrativa, hierarquização e regionalização.**

3.2 A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: CONSTRUÇÕES LEGAIS

Para que o Sistema Único de Saúde funcione corretamente faz-se necessário um complexo conjunto de leis que o regulamenta, conforme ficará demonstrado na sequência.

3.2.1 Lei n. 8.080 de 19 de Setembro de 1990

A Lei n. 8080/1990 é a legislação que regulamenta as políticas públicas de saúde que foram definidas na Constituição Federal de 1988. Essa lei foi promulgada somente após uma incansável mobilização de setores organizados da sociedade. O governo da época,

³¹⁶ MAGDALENA, Patrícia Cristina. **Análise da Agenda do Financiamento do SUS: diferentes contextos, mesmas escolhas?**. Dissertação de mestrado apresentada para a Fundação Getúlio Vargas, na Escola de Administração de Empresas de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: Acesso em: 02/01/2013. p. 33

³¹⁷ MAGDALENA, Patrícia Cristina. **Análise da Agenda do Financiamento do SUS: diferentes contextos, mesmas escolhas?**. Dissertação de mestrado apresentada para a Fundação Getúlio Vargas, na Escola de Administração de Empresas de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: Acesso em: 02/01/2013. p. 33 e 34.

representado pelo Presidente Fernando Collor, resistiu ao caráter descentralizador da lei e vetou diversos artigos, especialmente os que diziam respeito aos recursos e à participação da comunidade nas deliberações da saúde. O veto levou a comunidade a se articular novamente, especialmente com parlamentares comprometidos com a saúde pública, resultando na criação de uma nova lei, a 8.142/1990, que trata especificamente da participação da comunidade na gestão do SUS e da transferência de recursos para a saúde entre as esferas de governo.³¹⁸

A Lei 8080/90 definiu o Ministério da Saúde como gestor do sistema único de saúde, no âmbito da União. No Âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, a gestão será feita pelas respectivas Secretarias de Saúde ou equivalentes. A lei não descreveu um percentual mínimo de financiamento a ser feito pela seguridade social, apenas prescreve que ela repassará a verba necessária ao bom andamento do SUS, descrevendo em seu artigo 4º o conceito do SUS.³¹⁹

Ainda a Lei n. 8080/90, no parágrafo 1º do artigo 35 descreve que metade dos recursos destinados a Estados e Municípios serão distribuídos segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, demonstrando o interesse por parte do legislador em repassar os recursos de maneira igualitária.³²⁰

A lei também define em seu artigo 35 as variáveis consideradas no cálculo de transferências federais aos governos subnacionais, que ocorre de forma direta do Fundo Nacional de Saúde (FNS) aos Fundos Estaduais de Saúde (FES) e Fundos Municipais de Saúde (FMS). O critério utilizado aporta 50% dos recursos do FNS para os entes considerando o quociente da sua divisão pelo número de habitantes, independente de qualquer procedimento prévio. Os 50% restantes são distribuídos conforme a combinação dos seguintes critérios: a) perfil demográfico da região; perfil epidemiológico da população a ser coberta; c) características quantitativas e qualitativas da rede de saúde; d) desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior; e) níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais; f) previsão do plano quinquenal dos investimentos na rede; g) ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.³²¹

O Ministério da Saúde, no texto “O Sistema Público de Saúde Brasileiro”, quando manifesta-se sobre o financiamento, assim dispõe: Nível Federal: peso importante dos

³¹⁸ CEAP - Centro de Educação e Assessoramento Popular. Op. Cit. p. 15

³¹⁹ Artigo 4º da Lei 8080/90: O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

³²⁰ PINTO *et al.* Op. Cit.

³²¹ MAGDALENA, Patrícia Cristina. **Análise da Agenda do Financiamento do SUS: diferentes contextos, mesmas escolhas?**. Dissertação de mestrado apresentada para a Fundação Getúlio Vargas, na Escola de Administração de Empresas de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: Acesso em: 02 de janeiro de 2013. p. 34 e 35.

recursos federais; **papel redistributivo**; busca da equidade na alocação; **definição de prioridades nacionais** e critérios de alocação entre áreas e entre estados. Nível Estadual: **definição de prioridades estaduais**; garantia de alocação de recursos próprios; definição de critérios claros de alocação de recursos federais e estaduais entre áreas da política e entre municípios. Nível Municipal: garantia da aplicação de recursos próprios; **critérios claros de aplicação de recursos federais, estaduais e municipais**.³²² Assim demonstra que a Federação criou toda uma organização para decidir **onde, quando e como** os recursos federais destinados à saúde devem ser aplicados, levando-se em conta o papel **redistributivo**. Alocando para cada Município, conforme acima preconizado, através de suas Secretarias de Saúde, e especificidades, a forma de bem utilizar os recursos em questão.

Para que a gestão do SUS funcionasse corretamente, criaram-se mecanismos de articulação federativa. Um destes instrumentos foi a Comissão Tripartite³²³, que atua diretamente no Ministério da Saúde, formada por gestores do SUS nas três esferas de governo, sendo que esta comissão é a principal instância de negociação e pactuação de critérios de distribuição de recursos, de planos e de avaliação dos entes federados. Na escala estadual existe a comissão bipartite.³²⁴

Em escala Municipal está presente o Conselho Municipal de Saúde, diferentemente das comissões tripartites e bipartites, possui maior ênfase na função fiscalizadora, podendo ainda nortear o executivo na alocação de recursos.

3.2.2 Participação da comunidade na gestão do SUS: Lei n. 8.142/90, as normas operacionais básicas e o repasse fundo a fundo

A Lei n. 8142/90 regulamenta a participação da comunidade na gestão do SUS e as transferências de recursos do Ministério da Saúde para os entes federados. Menciona nos primeiros artigos, especificadamente 2º e 3º, o Fundo Nacional de Saúde (FNS), descrevendo

³²² SOUZA, Renilson Rehen. **O Sistema público de saúde brasileiro**. Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/servico/arquivos/Destaque828.pdf>>. Acesso em: 12 de novembro de 2010. p.43.

³²³ Conforme ao rtigo 19-U, da Lei 8080/1990, inserido pela lei 12.401/2011: A responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite.

³²⁴ Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados (CONOF/CD). **Saúde no Brasil: História do Sistema Único de Saúde, arcabouço legal, organização, funcionamento, financiamento do SUS e as principais propostas de regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, de 2000**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/orcamentouniao/estudos/2011/nt10.pdf>>. Acesso em: 20 de novembro de 2011. p. 8.

onde e como os recursos oriundos deste fundo deverão/serão aplicados, taxando negativamente a utilização dos recursos do FNS para qualquer outro objetivo que não seja o financiamento do Ministério da Saúde. Versa também sobre os custos com ações de saúde previstos no orçamento além dos custos das transferências de recursos para os Estados, Distrito Federal e Municípios, enfatizando que quando os entes federados recebem os valores do FNS, só os poderão utilizar para ações e serviços específicos de saúde.

Esta lei objetiva a definição da alocação dos recursos da saúde. Notadamente o termo utilizado pela lei “ações e serviços de saúde” fora utilizado de maneira aberta, o que deixou margem para ser mal-empregado, em que pese alguns gestores utilizarem estes recursos, oriundos do Ministério da Saúde, para financiar merenda escolar e até bolsa-família, situações estas que devem ser repudiadas.

Outro artigo importante da referida lei é o que trata sobre o repasse de recursos, dizendo que estes deverão ser repassados com base no número de habitantes de cada Município, Estado e Distrito Federal. Tal menção se faz necessário quando se remete a um dos princípios claros e que devem ser seguidos do SUS, qual seja, a descentralização de recursos. Notadamente tal sistemática não foi seguida na década de 90 em que os recursos repassados aos Estados, Municípios e Distrito Federal se deram mediante serviços prestados, com a apresentação de faturas ou ainda através da adesão destes entes federativos a programas de governo.

O repasse conforme adesão a programas específicos do governo deve ser combatido, primeiramente porque a legislação prevê um repasse per capita e segundo porque como são inúmeros programas de saúde do governo federal, seu repasse por adesão torna difícil a fiscalização pela população dos valores repassados e realmente utilizados pelos entes federados.³²⁵

A sociedade, e aqui não se fala só de Brasil, noticia todos os dias nos meios de comunicação a corrupção e o alto grau de complexidade e organização das quadrilhas especializadas em desvio de dinheiro público, tendo o Estado o dever de simplificar a conferência das contas públicas, o que não acontece com tantos programas de governo, que dificultam a visualização dos recursos públicos. Outro argumento de resistência ao repasse de orçamento vinculado à adesão a programas governamentais é o de que, criam-se mais e mais programas, o orçamento continua o mesmo para todo o sistema. Esses programas são

³²⁵ O artigo que previa o repasse *per capita* foi revogado pela Lei Complementar 141/2012.

garantidos com verbas da saúde o que faz com que a própria estrutura da saúde reste prejudicada pela carência de valores ao seu subsídio.

A problemática das Leis n. 8080/90 e n. 8142/90, segundo Lima, se estabelece na falta de critérios fixos referentes ao montante a ser transferido por parte da União para as outras esferas governamentais, além da indefinição quanto a cooperação financeira entre estados e municípios, sendo possibilitado a formação de consórcios interestaduais e intermunicipais. Cita ainda que o governo federal, através do MS, estabeleceu regramento para o financiamento descentralizado pautado em desconformidade com a legislação, o que na prática se clarifica com a publicação das portarias ministeriais, as conhecidas Normas Operacionais Básicas- NOBs.³²⁶

Aciole conceitua NOBs como:

As Normas Operacionais Básicas, NOBs, são um instrumento normativo, regulamentador dos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde, e constituem tarefa constitucional atribuída ao Ministério da Saúde, como função precípua de quem cumpre realizar a definição operativa do Sistema, desde a sua regulamentação em 1990.³²⁷

Inicialmente, as NOBs foram propostas pelo INAMPS e posteriormente sua extinção, pelo Ministério da Saúde. Essas NOBs tratavam sobre a competência de cada esfera do governo na implantação do sistema de saúde público brasileiro, sendo elas necessárias para que os estados e municípios tivessem condições de realizarem a gestão do SUS em suas regiões. Essas regulamentações também tratavam sobre os repasses de recursos do FNS aos FES (Fundos Estaduais de Saúde) e FMS (Fundos Municipais de Saúde).³²⁸

A NOB de 1993 foi à primeira exclusivamente do Ministério da Saúde e formalizou os princípios elencados na IX Conferência Nacional de Saúde, além de institucionalizar as Comissões Intergestores Tripartite e Bipartite, as quais impulsionaram a municipalização. São características da NOB de 1993: 1-iniciou o processo de municipalização da gestão habilitando os municípios nas condições necessárias para a administração, quais sejam: incipiente, parcial e semiplena³²⁹; 2-criou a transferência regular e automática fundo a fundo

³²⁶ LIMA, L. D. **O processo de implementação de novas estruturas gestoras no Sistema Único de Saúde**: um estudo das relações intergovernamentais na CIB do RJ. 1999. Dissertação -Mestrado em Saúde Coletiva- Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999. p. 184.

³²⁷ ACIOLE, G. G. **A Saúde no Brasil**: cartografia do público e do privado. São Paulo: Hecitec; Campinas, SP: Sindicato dos Médicos de Campinas e Região, 2006. p. 201.

³²⁸ CONASS. Op. Cit. p. 18.

³²⁹ Conceitua-se gestão incipiente, parcial e semiplena como: A primeira corresponde ao Município ter o controle das Autorizações de Internação Hospitalar- AIH para a sua área. Evidenciando que o financiamento da esfera federal é repassado como forma de pagamento por serviços ambulatoriais e hospitalares prestados. A segunda

do teto global para os municípios em gestão semiplena; 3-cria a terceira instância do SUS através da habilitação dos municípios como gestores; 4- define o papel dos Estados, embora de maneira frágil, como gestores do sistema estadual de saúde. Como efeitos desta NOB houve avanço na municipalização da saúde e a superposição de responsabilidades, dificultando de se avaliar a quem competia determinada ação.³³⁰

Um dos mais importantes instrumentos de gestão do SUS – o que regulamenta o repasse automático fundo a fundo – e o que distingue dos demais sistemas públicos (educação, segurança etc.) é o Decreto nº 1232, de 30 de agosto de 1994: dispõe sobre as condições e a forma de repasse regular e automático de recursos do Fundo Nacional de Saúde para os fundos estaduais, municipais e do Distrito Federal e dá outras providências. Sem esse instrumento de repasse automático fundo a fundo, seria impossível a implementação do SUS com uma parceria entre gestores iguais das três esferas de governo, somente com os mecanismos convencionais então disponíveis. Depois das leis que o criaram, esse decreto foi o ato normativo mais importante para a operacionalização do SUS. Esse modelo de transferência intergovernamental de recursos financeiros confere a agilidade necessária ao sistema e caracteriza-se por uma solução peculiar do setor de saúde.³³¹

Conforme Magdalena, citando Machado, as portarias do MS não possuem valoração legal visto que são atos administrativos e elaborados conforme decisão política reinante na época de sua propositura, sofrendo efeito de suas preferências governamentais, da atuação dos demais atores e do momento específico de implantação do SUS. Segue, ainda citando Machado, dizendo que a opção pelas normas reflete o caráter centralizador apresentado pelo MS além do evidente descumprimento da previsão da LOS, contrariando as regras de repasse financeiro o MS criou sistematização de repasse de pagamento por produção, onde estados e municípios são remunerados com base em uma tabela nacional de procedimentos. Tabela essa que também era utilizada para remunerar os serviços privados prestados ao SUS.³³²

Várias foram as NOBs posteriormente editadas pelo MS. Alguns autores tecem críticas a elas no sentido de que dificultavam o repasse e eram centralizadoras ao MS. Foram

corresponde ao modelo em que o Município recebe valor mensal da diferença entre o teto estabelecido e o pagamento feito pelo governo federal às unidades públicas e privadas localizadas em sua região geográfica, além de receber o pagamento por produção de serviços. Na terceira o Município é se torna responsável pelas ações e serviços do SUS na sua região; recebendo o total de recursos financeiros para custeio, pautado na historicidade dos gastos municipais. Informações retiradas do material: **Principais Marcos das Mudanças Institucionais no Setor Saúde: (1974-1996)**. Disponível em: <http://www.cedec.org.br/files_pdf/DIDATI1.pdf>. Acesso em: 10/12/2012. p.25

³³⁰ CONASS. Op. Cit. p. 20.

³³¹ Id., Ibid., mesma página.

³³² MACHADO, C. V. Direito universal, política nacional: o papel do Ministério da Saúde na política de saúde brasileira de 1990 a 2002. 2005. 391 f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva)-Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005. In MAGDALENA, Patrícia Cristina. **Análise da Agenda do Financiamento do SUS: diferentes contextos, mesmas escolhas?**. Dissertação de mestrado apresentada para a Fundação Getúlio Vargas, na Escola de Administração de Empresas de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: Acesso em: 02/01/2013. p. 36.

as NOBs que criaram o sistema de repasse conhecido como PAB - Piso de Atenção Básica. O PAB possui um valor fixo de repasse a estados e município de R\$ 10,00 per capita, e uma remuneração variável, conforme adesão pelos entes federados a determinados programas de governo.

Iniciando o ano de 2006 fora aprovado o denominado “Pacto pela Saúde”, também conhecido como Consolidação do SUS, através da Portaria GM/MS nº 399. Esta portaria, segundo CONASS, significou um movimento de mudança, não tendo característica de norma operacional, mas sim de um acordo interfederativo que apresenta três dimensões, a saber: O Pacto pela Vida, O Pacto em Defesa do SUS e o Pacto de Gestão. Tal pacto fora realizado pelos representantes das três esferas do SUS, sendo elas, o MS, o CONASS (Conselho Nacional de Secretários de Saúde) e CONASEMS (Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde).³³³

3.2.3 Políticas Públicas de Saúde após Constituição Federal de 1988 e os Programas de Governo

A Constituição Federal de 1988, pela vertente dos direitos sociais, significou mudança de tom do tratamento concedido pelo estado aos seus cidadãos. Através principalmente dos progressistas, desejosos do resgate da dívida social brasileira hereditariamente recebida do regime militar e ainda alçando voos em termos socialmente protetivos, procuraram introduzir na Constituição direitos básicos e universais de cidadania, garantindo o direito a saúde pública [...] “definindo o campo da assistência social, regulamentando o seguro-desemprego e avançando na cobertura da previdência social.”³³⁴

As principais alterações da temática social foram:

A ampliação da cobertura para segmentos até então desprotegidos; a eliminação das diferenças de tratamento entre trabalhadores rurais e urbanos; a implementação da gestão descentralizada nas políticas de saúde e assistência; a participação dos setores interessados no processo decisório e no controle da execução das políticas; a definição de mecanismos de financiamento mais seguros e estáveis; e a garantia de um volume suficiente de recursos para a implementação das políticas contempladas pela proteção social, entre outros objetivos.³³⁵

³³³ CONASS. Op. Cit. p. 26.

³³⁴ MARQUES, Rosa Maria. SUS e Seguridade Social: em busca do Elo Perdido. **Revista Saúde e Sociedade**. V.14. nº 2. maio-agosto 2005. p.40.

³³⁵ MARQUES. Op. Cit. p. 40.

Consoante mensagem presidencial ao Congresso Nacional, publicada em 2012, são anseios do Estado, através de sua representante, manter a atuação do Governo Federal em 16 objetivos estratégicos norteadores da linha de ação: 1- Atenção básica, por meio da estratégia Saúde da Família, tendo cobertura populacional, em 2011, abrangendo aproximadamente 54% da população brasileira, com 32.295 equipes implantadas, tendo como meta para 2012 chegar a 34.326 equipes. 2- Saúde Bucal, através dos Centros de Especialidades Odontológicas, contando com 870 unidades no ano de 2011, além de 816 laboratórios regionais de próteses dentárias credenciados; totalizando 21.425 equipes de saúde bucal que atendem 4.883 Municípios. 3- Atenção Integral à Saúde da Mulher e da Criança, por meio da rede Cegonha, em 2011 implantada em nove Estados, participando 800 Municípios e cobrindo aproximadamente 600 mil gestantes. 4- Rede de Atenção à Saúde Mental e ao Enfrentamento da Dependência de Crack e outras drogas, através da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) em sete Municípios, além do Programa Volta para Casa; 5- Saúde da Pessoa com Deficiência- Plano Viver sem Limite, por meio do atendimento especializado à pessoas com deficiência, sendo que no ano de 2011 realizaram 1,3 mil atendimentos, além do fornecimento de órteses, próteses e de ações de reabilitação no SUS, realizando 16 milhões de procedimentos; 6- Atenção Integral à Saúde da Pessoa Idosa: Garantia do Envelhecimento Ativo e Saudável, implementada através de campanhas, como a da osteoporose, e a caderneta de Saúde da Pessoa Idosa junto aos Municípios além de atendimento domiciliar.³³⁶

7-Saúde do Homem; conscientização da necessidade de realização de exames periódicos específicos para o sexo masculino; 8- Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, articulado ao SUS, observando as especificidades desse segmento populacional; 9- Contribuição da Saúde para Erradicação da Extrema Pobreza, com alocação de recursos para cirurgias eletivas;³³⁷ 10- Atenção especializada de Média e Alta Complexidade, realizando no ano de 2011 mais de 11 milhões de internações, mais de 307 mil cirurgias eletivas e mais de 1 bilhão de consultas especializadas; Transplantes, sangue e hemoderivados; além de urgências e emergências; atendimentos domiciliares gerais; 11- política nacional de assistência oncológica; 12- pesquisa e desenvolvimento em saúde; 13- parcerias para o desenvolvimento produtivo; 14- assistência farmacêutica; 15- promoções de vigilância sanitária; políticas de alocação, desenvolvimento e democratização das relações de trabalho dos profissionais e

³³⁶ BRASIL. Presidente (2012-:D. V.Rousseff). **Mensagem ao Congresso Nacional**, 2011: 2ª Sessão Legislativa Ordinária da 54ª legislatura. Brasília: Presidência da República, 2012. p. 177 a 180.

³³⁷ Cirurgias eletivas são aquelas que não possuem caráter emergencial.

trabalhadores da saúde e; 16- saneamento e saúde ambiental para a promoção da saúde e redução das desigualdades sociais.³³⁸

O rol de objetivos acima apresentados, num primeiro olhar do leitor, parece exaustivo, sendo essa a ideia ao ter nomeado um a um e demonstrado de maneira superficial sua abrangência, para especificar a abrangência do SUS e dos programas de Governo. Só na área da saúde ultrapassam cem. Uma sistemática de atendimento que prioriza pela medicina curativa e preventiva (em tese). Tão extenso rol de programas não pode ser financiado com escassos recursos, sendo fadado ao fracasso. Os escassos recursos fazem com que programas tão bem delimitados e desenhados no papel apresentem dificuldades para serem implementados, deixando a medicina, que deveria ser preventiva apenas no campo do auxílio imediato no momento da doença.

Existem críticas circunstanciais ao exagero de programas do Governo Federal, que vincula o repasse financeiro, deixando Estados e Municípios com verbas menores ainda para a manutenção da organização do SUS.

3.3. FINANCIAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E SUAS IMPLICAÇÕES

O financiamento do SUS é de competência das três esferas de governo: União, Estados e Municípios, consoante previsto no artigo 198 da Constituição Federal, § 1º, *in verbis*: “O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.”

3.3.1 Apontamentos sobre o Orçamento pós-88 até a propositura da Emenda Constitucional n. 29/2000

A regulamentação da competência dos cuidados da saúde tem previsão constitucional no artigo 23, II, que sobre ele faz Dallari o seguinte comentário:

³³⁸ BRASIL. Presidente (2012-:D. V.Rousseff). Op. Cit. p. 181 a 196.

A conclusão inevitável do exame da atribuição de competência em matéria sanitária é que a Constituição Federal vigente não isentou qualquer esfera de poder política da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde. Assim, a saúde – “dever do Estado” (art. 196)- é responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.³³⁹

O Ministério da Saúde (pós-constituição de 88) deveria ser financiado pelo Orçamento da Seguridade Social que compreendia recursos tributários e fiscais originados de: contribuição sobre folha de salários que, posteriormente a 1993, destinou-se apenas à Previdência Social; Contribuição para o Financiamento da Seguridade (COFINS), Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL) e Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF).³⁴⁰ Além de recursos advindos de concursos (Loteria).

O artigo 198, § 1º, cita a existência de outras fontes financiadoras do Sistema de Saúde, por sua vez o artigo 32 da Lei nº 8080/90, *in fine*, considera como outras fontes os recursos provenientes de: 1- Serviços que possam ser realizados sem prejuízo da assistência à saúde; 2-ajuda, contribuições, doações e donativos; 3-alienações patrimoniais e rendimentos de capital; 4- taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e 5- rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

Dispõe o § 2º do Artigo 32 da Lei 8080/90 que as ações de saneamento que porventura sejam executadas pelo SUS deverão ter seu financiamento advindo de recursos específicos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e ainda, do Sistema Financeiro de Habitação. Desta forma, clarifica que as despesas em ações e serviços de saneamento básico não são pertencentes ao orçamento da saúde. Indubitavelmente o saneamento básico constitui um importante fator determinante do SUS, entretanto, não deve ser utilizado para apuração de aplicação dos recursos mínimos de que dispõe o Artigo 198 da CF. Assim como os gastos com atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde serão cofinanciados pelo SUS, pelas universidades e pelo orçamento fiscal, recursos advindos de instituições de fomento e financiamento, podendo ser também de origem externa e receita própria das instituições executoras.³⁴¹

Conforme já disposto, o financiamento da seguridade social imbrica várias especificidades. Em especial à saúde, corrobora o posicionamento da professora Rosa Maria Marques, que se manifesta no sentido de que são dois elementos condicionadores dos recursos

³³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: HUCITEC, 1995. p. 42.

³⁴⁰ COSTA, Maria Roselene b. **Financiamento do Setor Saúde no Brasil**: Em Busca da Estabilidade para Garantia da Cidadania no SUS. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/mostraacademica/anais/4mostra/pdfs/107.pdf>>. Acesso em: 20/11/2011. p. 2.

³⁴¹ AITH. Op. Cit.

para à saúde: [...] “a primazia de tratamento concedido à previdência social e a austeridade fiscal do governo federal em relação ao conjunto das políticas sociais, decorrente de seu objetivo de promover o equilíbrio orçamentário com elevados superávits primários³⁴².”³⁴³

Em 1990, foi aprovada a lei Orgânica da Saúde e a partir desta o Governo Federal não mais considerou a legalidade do disposto no artigo 55 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição, o qual obrigava a destinação de pelo menos 30% da totalidade dos Recursos da Seguridade Social para à Saúde, excetuando-se a arrecadação do PIS/PASEP, exclusivo do FAT³⁴⁴. Dessa maneira, as verbas destinadas ao Ministério da Saúde em 1991, equivalentes a 33,1% da totalidade de recursos da Seguridade Social, diminuíram drasticamente no ano de 1992 para 20,95%.³⁴⁵

No ano de 1993 o Ministério da Saúde necessitou pedir empréstimo ao FAT, visto que o executivo federal desrespeitou a Lei de Diretrizes Orçamentárias que determinava o repasse de 15,5% da arrecadação das contribuições de empregados e empregadores para a Saúde, fato este que se tornou corriqueiro. O Governo de Fernando Henrique Cardoso legalizou o procedimento durante sua reforma previdenciária, perdendo a saúde mais uma fonte de financiamento. Em 1994 criou-se o Fundo Social de Emergência³⁴⁶, que retirou mais uma parcela do financiamento da seguridade social e da Saúde, através da normativa de que 20% da arrecadação das contribuições sociais ficariam disponíveis para uso do governo Federal.³⁴⁷

E a dificuldade orçamentária enfrentada pela saúde brasileira se agravava:

Nos anos que se seguiram, os problemas financeiros da área da saúde aumentaram. Três exemplos evidenciam essa realidade. Primeiro, entre 1995 e 2003, o gasto líquido- excluindo a dívida e o gasto com inativos e pensionistas- realizado pelo Ministério da Saúde diminuiu em 7%, passando de R\$ 30,2 bilhões para R\$ 28,1 bilhões. Nesse período, o gasto federal per capita diminuiu de R\$ 190,10 para R\$ 158,90, tudo a preços de dezembro de 2003, deflacionados pelo IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas. Segundo, a execução orçamentária do MS tornou-se mais irregular, especialmente a partir da segunda metade dos anos 1990. Terceiro, principalmente entre 2001 e 2004, o saldo da rubrica Restos a Pagar do MS aumentou, passando de R\$ 9,2 milhões para R\$ 1,8 bilhões (dados divulgados pela Comissão de Orçamento e Finanças do Conselho Nacional de Saúde em julho em 2005. Ao mesmo tempo, para o conjunto da Seguridade Social, a situação financeira apresentou resultados positivos significativos, Partindo-se da ideia inscrita na Constituição em 1988, isto é, dos recursos serem de uso exclusivo da Seguridade

³⁴² Por superávit primário entende-se o resultado positivo das contas públicas, excetuando-se a rubrica de juros.

³⁴³ MARQUES. Op. Cit. p. 42.

³⁴⁴ FAT-recurso destinado ao Ministério do Trabalho e Emprego.

³⁴⁵ MARQUES. Op. Cit. p. 42.

³⁴⁶ O Fundo Social de Emergência foi posteriormente nominado de Fundo de Estabilização fiscal e nos dias atuais é chamado de Desvinculação das Receitas da União-DRU.

³⁴⁷ MARQUES. Op. Cit. p. 42.

Social e, por isso mesmo, desconsiderando o mecanismo de desvinculação dos 20% do antigo Fundo de Estabilização Fiscal e atual DRU, a Seguridade registrou superávit de R\$ 26,64 bilhões (2000), R\$ 31,46 bilhões (2001), R\$ 32,96 bilhões (2002), R\$ 31,73 bilhões (2003) e R\$ 42,53 bilhões (2004), todos em valores correntes. Esses recursos “excedentes”, segundo a Associação Nacional dos Fiscais da Previdência, financiaram gastos alheios à Seguridade ou foram contabilizados diretamente no cálculo do superávit primário (Anfip, 2005).³⁴⁸

Todos estes artifícios utilizados pelo Governo no intuito de regularizar o orçamento da previdência e liberar recursos para o Governo Federal tornou a situação do orçamento da saúde, que já era ruim, em impraticável. Tentou-se amenizar o problema através da instituição do Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira (IPMF), o qual ficou conhecido como CPMF.

Muitas críticas foram feitas a instituição do CPMF, em 1994, mesmo sendo o argumento de que sua instituição “[...] seria o instrumento “estável” de financiamento das ações públicas na área da saúde”, além de que “a CPMF é um imposto em cascata: incide sobre ela mesma inúmeras vezes, amplificando o seu custo para o sistema produtivo, com impacto sobre o sistema de preços”.³⁴⁹

A instituição da CPMF objetivava o recolhimento de mais recursos para a saúde, que compreendia um percentual de 0,38 % sobre a movimentação financeira, sendo que deste valor iria 0,20% ser repassado para a saúde, 0,10% para a previdência e 0,08% para o fundo de combate à pobreza. No entanto, tal imposto não obteve o retorno esperado por parte da população, em que pese o Governo ter retirado outras fontes de financiamento da saúde quase no mesmo valor de recursos que a CPMF gerava. Exemplifica-se tal afirmação com a desvinculação da Receita da União, que separa 20% da arrecadação do Governo Federal para ser investido onde o Governo achar mais conveniente, conforme anteriormente já mencionado.³⁵⁰

Demonstra-se o caso da CPMF com o quadro abaixo³⁵¹:

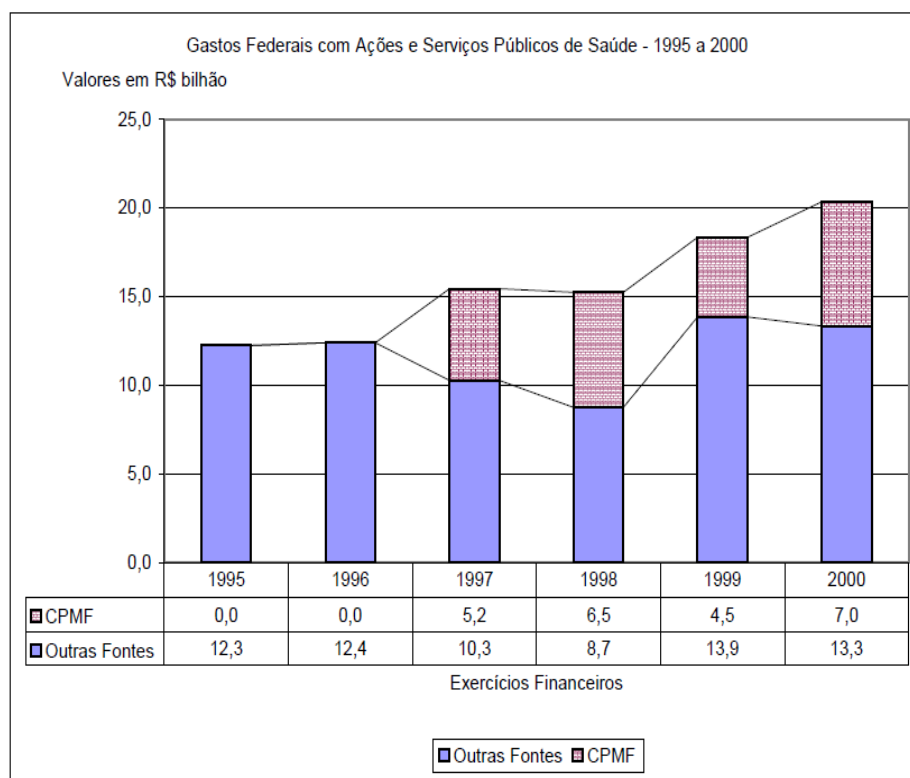
Quadro 1: CPMF

³⁴⁸ MARQUES. Op. Cit. p. 43.

³⁴⁹ NOBREGA, Mailson da. **O Brasil em transformação**. São Paulo: Editora Gente, 2000. p. 279 e 292.

³⁵⁰ CEAP-Centro de Educação e Assessoramento Popular. Op. Cit, p.21

³⁵¹ Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados (CONOF/CD). Op. Cit. p. 17.



A Seguridade Social compreende os direitos de saúde, previdência e assistência social. A Constituição Federal Brasileira, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabeleceu em seu artigo 55, que até a aprovação da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), 30%, no mínimo, do Orçamento da Seguridade Social deveria ser utilizado na saúde, excluído o seguro desemprego, não sendo definido um percentual mínimo da saúde nem mesmo uma fonte exclusiva.³⁵²

O percentual previsto no artigo 55 teria validade no ano de 1989, pois a Lei de Diretrizes e Bases já estava elaborada. Nos anos de 1990 até 1993, manteve-se o percentual de 30% nas respectivas leis orçamentárias federais, no entanto esses percentuais não foram cumpridos. A partir de 1994, a situação tornou-se ainda pior pois as leis de diretrizes Orçamentárias (LDO) sequer faziam previsão de percentagem do orçamento da seguridade social destinado a saúde pública.³⁵³

Portanto cabia as LDOs definirem o valor a ser gasto anualmente pela União com a saúde, todavia isso não ocorreu deixando o sistema de saúde brasileiro sem um controle de

³⁵² COSTA, Maria Roselene. Op. Cit.

³⁵³ CEAP-Centro de Educação e Assessoramento Popular. Op. Cit. p. 15.

quanto seria investido em saúde, possibilitando estratégias políticas referentes ao orçamento, o que se demonstrou extremamente negativo para a saúde pública.

Conforme Costa³⁵⁴ na prática, o dispositivo do ADCT não se mostrou eficiente, pois nas sucessivas LDOs foram incluídos itens de despesas na Saúde como gastos com pagamentos de inativos (Encargos Previdenciários da União - EPU), amortização dos serviços da dívida contraída pelo Ministério da Saúde, que embora sejam gastos realizados pelo MS não podem ser considerados gastos com saúde. Desse modo, os recursos anuais disponíveis para a execução de ações e serviços com saúde eram sempre menores que o orçamento total previsto na LDO.

Neste contexto, verifica-se que a Saúde, como direito de todos e dever do Estado tem uma prerrogativa Constitucional, uma proposta de financiamento que deveria ser regulamentada em lei complementar, mas que até então não estava regulamentada, ficando evidente a necessidade de fontes fixas, seguras e claras de financiamento, visto que a única prerrogativa existente era a de que a saúde deveria ser financiada com o orçamento da seguridade social.

Devido à falta de uma base fixa de orçamento existente ainda cinco anos após a promulgação da Constituição Federal que instituiu o Sistema único de saúde, alguns deputados tentaram se mobilizar junto ao Congresso Nacional para aprovação de projetos de emendas constitucionais, os quais tentavam assegurar maior quantia de recursos para a saúde. Surgiram algumas propostas de destaque no ano de 1993 e seguintes, como: PEC 169-A/93, a qual propunha que no mínimo 30% das receitas das contribuições sociais que compõe o OSS e 10% dos recursos fiscais da União, fossem aplicados na implementação do SUS. Os Estados e Municípios deveriam destinar à área da saúde nunca menos do que 10% de suas receitas; PEC do Deputado José Aristodemo Pinotti, que propunha o financiamento da saúde com recursos equivalentes sempre a 5% do Produto Interno Bruto do ano anterior; Já a PEC 82-A/95, sugeria que os recursos da COFINS e da CSLL fossem destinados integralmente à saúde. Em 2000 fora promulgada a Emenda Constitucional nº 29/2000 (EC nº 29), que era uma aglutinação das propostas PEC 169-A/93 e PEC 82-A/95 com algumas alterações.³⁵⁵

³⁵⁴ COSTA, Maria Roselene. Op. Cit.

³⁵⁵ Id., Ibid., p. 2-3.

3.3.2 A Emenda Constitucional n. 29/2000 e sua necessidade de complementação

A emenda Constitucional 29/2000 veio com o intuito de regulamentar a previsão constitucional e da lei orgânica de financiamento da Saúde, estabelecendo a participação mínima de cada ente federado no financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Nos anos de 2000 a 2004 ficaram vigentes as regras transitórias traçadas no artigo 77 do ADCT³⁵⁶.

Seguindo entendimento do CONASS³⁵⁷, a Emenda Complementar 29/2000 pode ramificar-se em treze pontos, a saber:

- a. acrescenta (arts. 1º e 2º), aos artigos 34 e 35 da Constituição Federal, a possibilidade de intervenção da União nos estados, Distrito Federal e municípios, e do estado em seus municípios, no caso da não aplicação, em ações e serviços públicos de saúde, do mínimo previsto de suas receitas; b. acrescenta (art. 3º) dispositivo ao § 1º do art. 156 da CF, permitindo aos municípios estabelecer progressividade na cobrança do IPTU em função do valor do imóvel e ter alíquotas diferenciadas de acordo com a localização e uso do imóvel; c. condiciona (art. 4º), no art. 160 da CF, a entrega dos recursos transferidos pela União e pelos estados ao atendimento da vinculação definida pela emenda; d. permite, no art. 167 da CF, a vinculação de receita de impostos às ações e aos serviços de saúde (MARQUES op, cit);
- e. determina (art. 5º), como regra permanente, no art. 198 da CF, que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios apliquem, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos. No caso dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, os percentuais serão calculados sobre a arrecadação de impostos e as transferências constitucionais. No caso da União, na forma como for definida em lei complementar; f. prevê (art. 6º) a promulgação de lei complementar, em que essas medidas serão reavaliadas pelo menos a cada cinco anos, tanto para estabelecer os percentuais mínimos de aplicação quanto para definir critérios de rateio dos recursos transferidos pela União aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios e pelos estados aos seus municípios. A lei complementar também deverá estabelecer: (i) os critérios de rateio para a distribuição dos recursos, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (ii) as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual e municipal e (iii) as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União; g. insere (art. 7º) um novo artigo no ADCT (art. 77), estabelecendo regras para a aplicação dos dispositivos da emenda, enquanto não entrar em vigor a lei complementar que definirá os percentuais de vinculação; h.

³⁵⁶ O artigo 77 do ADCT assim descreve: Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: I - no caso da União: a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do 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; e III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do 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.”

³⁵⁷ “O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) é uma entidade de direito privado, sem fins lucrativos, que se pauta pelos princípios que regem o direito público e que congrega os Secretários de Estado da Saúde e seus substitutos legais, enquanto gestores oficiais das Secretarias de Estado da Saúde (SES) dos estados e Distrito Federal.” Foi fundado em 1982. Disponível em: <http://www.conass.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=45&Itemid=7>. Acesso em: 10/06/2012.

define (art. 77, § 1º) que, no caso da União, no ano 2000, o total de recursos mínimos a ser aplicado em ações e serviços de saúde será equivalente ao montante empenhado no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, 5%. Do ano 2001 ao ano 2004, o valor mínimo será aquele apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do PIB. No caso dos estados e do Distrito Federal, os recursos mínimos serão equivalentes a 12% da arrecadação de impostos e das transferências constitucionais, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos municípios. No caso dos municípios, os recursos mínimos corresponderão a 15% da arrecadação de impostos e dos recursos de transferências constitucionais; i. estabelece, para o caso dos estados, Distrito Federal e municípios que aplicam menos que os percentuais previstos, a obrigação de elevarem progressivamente suas aplicações até 2004, na razão de pelo menos um quinto por ano; j. define que a partir de 2000 as aplicações de estados, Distrito Federal e municípios serão de pelo menos 7%; k. obriga a aplicação pelos municípios de no mínimo 15% dos recursos federais vinculados ao setor em ações e serviços básicos de saúde. A lei complementar disporá sobre o assunto, incluindo o rateio desses recursos segundo o critério populacional; l. determina que os recursos das três esferas de governo sejam aplicados por meio dos Fundos de Saúde, que serão acompanhados e fiscalizados pelos Conselhos de Saúde; m. mantém as regras do art. 77 (ADCT), a partir de 2005, caso não seja criada a lei complementar referida no art. 198, parágrafo 3º.³⁵⁸

Tal emenda surgiu do projeto de Emenda Constitucional 169, pautada nas ideias desta proposição, o artigo 198 da Constituição Federal teria a seguinte redação: A União aplicará anualmente, na implementação do SUS, nunca menos de trinta por cento das receitas de contribuições sociais, que compõem o orçamento da seguridade social, e dez por cento da receita resultante dos impostos. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão anualmente, na implementação do SUS, nunca menos de 10% da receita resultante dos impostos.³⁵⁹

Menciona o CEAP que ³⁶⁰ a definição dos recursos foi amplamente discutida por diversos setores da sociedade e por parlamentares. Surgiram outros projetos procurando modificar os percentuais e fontes de financiamento da saúde. Destaca-se a proposta discutida e aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS) em 1998, através da Resolução 281. A Resolução propôs que “a União contribuirá anualmente para a manutenção e desenvolvimento do SUS com no mínimo 30% dos valores do Orçamento da Seguridade Social”. Para os estados e municípios, caberia a contribuição de 7% dos impostos no ano de 1999 até atingir o patamar mínimo de 13% em cinco anos. Essa proposta, junto com outras, fizeram parte de um movimento amplo de discussão em favor dos recursos para a saúde, iniciada pela PEC 169 em 1993.

A proposta do Conselho Nacional de Saúde era favorável aos interesses da população brasileira, no entanto contrária aos interesses de grupos nacionais e internacionais,

³⁵⁸ CONASS - Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Op. Cit. p. 49 e 50.

³⁵⁹ CEAP - Centro de Educação e Assessoramento Popular. Op. Cit. p. 25

³⁶⁰ CEAP - Centro de Educação e Assessoramento Popular. Idem

especialmente credores da dívida interna e externa brasileira, pois investindo maiores recursos em saúde menos sobraria para pagamento das dívidas governamentais. Além de que, os setores privados de saúde também não gostaram da proposta, pois pretendiam aumentar a prestação de serviços por meio dos planos de saúde, visto que quanto pior fosse a prestação de serviços médicos pelo Estado, maior a quantidade de brasileiros que procurariam o sistema privado. Com toda essa pressão exercida sobre o governo, a Emenda Constitucional nº 29 foi aprovada com alterações a proposta inicialmente feita.³⁶¹

Apesar de a Emenda definir claramente a participação dos estados e municípios no financiamento da saúde, deixou bastante obscura a participação da União. Pela emenda aprovada, já no ano 2000 a União teria que agregar 5% a mais ao Orçamento da Saúde com base no empenhado em 1999, ficando o reajuste dos anos posteriores atrelado à variação nominal do Produto Interno Bruto (correção da inflação somada ao crescimento real do PIB) do ano anterior. Os estados teriam que gastar, no mínimo, 7% dos seus orçamentos próprios com saúde, sendo que o percentual chegaria a 12% até 2004, os municípios comprometeriam 7% de suas contas, chegando a 15% também em 2004.³⁶²

É interessante frisar que a Emenda Constitucional 29 não clarifica a fonte dos recursos que deverão ser empregados pela União, se omitindo quanto à Seguridade Social. [...] “Essa omissão não considerava a disputa por recursos pelos diferentes ramos da Seguridade”.³⁶³

Na situação fática o aumento dos recursos não ocorreu, o governo interpretou a emenda constitucional de maneira errônea e proposital:

Após a aprovação da EC 29, a disputa foi alçada a outro patamar, aparecendo como um dos atores principais o representante da equipe econômica do governo federal. Exemplo disso foi a discussão acirrada ocorrida entre os Ministérios da Saúde e da Fazenda sobre a interpretação do próprio texto da emenda. Segundo o MS, o ano-base para efeito da aplicação do adicional de 5% seria o de 2000, e o valor apurado para os demais anos será sempre o do ano anterior, ou seja, calculado ano a ano. Para o Ministério da Fazenda o ano-base seria o de 1999, somente acrescido das variações nominais do PIB ano a ano. Essa diferença de interpretação reduziu em R\$ 1,2 bilhões a disponibilidade de recursos para o MS em 2001, o que permitiria dobrar, por exemplo, os recursos do Programa Agentes Comunitários em relação ao ano anterior. Na época, a Advocacia Geral da União (AGU) considerou o cálculo do Ministério da Fazenda, mas a discussão estendeu-se pelos anos seguintes, sem uma resolução definitiva.³⁶⁴

³⁶¹ CEAP - Centro de Educação e Assessoramento Popular. Op. Cit. p. 26

³⁶² COSTA. Op. Cit. p. 3.

³⁶³ MARQUES. Op. Cit. p. 44.

³⁶⁴ Id. Ibid. mesma página.

A Emenda constitucional 29/2000 ainda prevê a edição de lei complementar para revisar os percentuais de vinculação dos recursos destinados às ações e serviços de saúde por parte dos entes federados, estabelecer os critérios de rateio, a fiscalização e controle desses recursos. No caso de faltar à lei complementar, a emenda constitucional determinou que se mantivessem as regras transitórias vigentes até 2004. Embora fosse a emenda autoaplicável, o Conselho Nacional de Saúde baixou a Resolução nº 322/ 2003³⁶⁵, com o intuito de uniformizar no território nacional a aplicação da referida Emenda. Mesmo com esta resolução percebe-se que os entes federados, a sociedade, responsável por fiscalizar o orçamento público da saúde, bem como os próprios gestores de saúde não sabem claramente como fazer uso da emenda constitucional 29/2000, sendo necessária lei complementar para sua regulamentação. “A partir de 2005, as regras deveriam ser definidas por uma Lei Complementar, de acordo com a nova redação do parágrafo 3º do artigo 198 da Constituição Federal”.³⁶⁶

Como consequência da emenda, a composição do gasto por esfera de governo mudou bastante, tendo crescido, principalmente, a participação dos estados e dos municípios no financiamento do Sistema. Deve-se chamar a atenção para o fato de que a EC nº 29/2000 não foi regulamentada até o final de 2010 (o texto da mesma previa sua regulamentação até o final de 2004). Isso tem facilitado à inadequada contabilização de outros gastos sociais como despesas de saúde por diferentes governos das três esferas. A não regulamentação da Emenda 29/00 constitui um grande prejuízo para o funcionamento do SUS, privando-o de recursos necessários e contribuindo para que as despesas com saúde sejam superestimadas.³⁶⁷

Com base no entendimento de que a Lei Complementar necessitava ser regularizada foram propostas algumas ideias de regulamentação que resultaram na Lei Complementar 141/2012. Tal normatização se fazia necessária em virtude dos problemas advindos ao Sistema Único de Saúde, como: a inexistência de definição precisa do que são ações e serviços de saúde; fato que possibilita que os orçamentos públicos coloquem em sua estrutura

³⁶⁵ “A Resolução nº 322 do Conselho Nacional de Saúde, bem como a doutrina e a jurisprudência, vêm apontando que a despesa obrigatória não comporta os seguintes gastos: planos de saúde para servidores públicos (clientela fechada), merenda escolar, limpeza urbana, preservação do meio ambiente e ações de assistência social. A mencionada resolução, igualmente, veda incluir os gastos com aposentados e pensionistas que militaram na saúde. De outro lado, alguns Tribunais de Contas aceitam tais despesas, sob o argumento de que, no outro setor de vinculação- o da educação- enquanto a pretérita lei nº 7.348/1985 permitia, de forma expressa, a respectiva incorporação, agora, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional- LDB, se não permite, tampouco proíbe os dispêndios da inatividade no piso obrigatório; há, portanto, vacilo legal que remete à disponibilidade daquela não revogada, de forma expressa, legislação de 1985”. In: TOLEDO JR., Flávio C. de. **Os Conteúdos da Lei Orçamentária Anual**. Revista Síntese Direito Administrativo. V.1, nº 1. Jan. 2006. p. 126.

³⁶⁶ RODRIGUES, Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. **Saúde e Cidadania - Uma Visão Histórica e Comparada do SUS**. 2ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Editora Atheneu, 2011. p. 132.

³⁶⁷ Id. Ibid. p.133.

de despesas gastos de ações e serviços questionáveis, o que resulta em menores recursos para o financiamento do SUS. Além de que o orçamento da União para a saúde necessita de uma base fixa, o que poderia ser feito na estrutura de lei que regulamentasse a Emenda Constitucional 29.

3.3.3 Propostas de regulamentação do artigo 198, §3 da Constituição Federal de 1988.

Na Câmara dos Deputados fora apresentado o Projeto de Lei Complementar nº 001/2003, que sofreu alterações no plenário da Câmara. Conforme CONOF³⁶⁸, segundo a redação final, a proposta manteve a aplicação de recursos da União conforme as regras transitórias hoje vigentes. Além disso, dentro do esforço do governo de aprovar a prorrogação da CPMF, que expirava em 31/12/2007, foi inserido dispositivo que alocava recursos adicionais ao piso, durante o período de prorrogação da CPMF, equivalentes a percentuais pré-definidos da receita da referida contribuição, que variavam de 10,1788%, em 2008, até 17,372%, em 2011. Essa redação final fora aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 31/10/2007, sendo remetida ao Senado, em 06/11/2007, onde recebeu o número de PLC nº 89 de 2007.

Segue CONOF³⁶⁹ mencionando que O PLP nº 01, de 2003, mantém ainda procedimento semelhante ao atual no que diz respeito à obrigatoriedade de os recursos federais afetos a ações e serviços públicos de saúde para fins da EC nº 29/2000 serem “repassados ao Fundo Nacional de Saúde e às demais unidades orçamentárias que compõem o órgão Ministério da Saúde”. Todavia, o PLP deixa de afastar do cômputo desse montante as despesas eventualmente realizadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, que passariam a ser computadas na aferição do piso constitucional, diferentemente do que ocorre hoje por determinação das LDO. O PLP foi aprovado na Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal.

O projeto de regulamentação da Emenda 29 no Senado Federal fora transformado em PLP nº 121/2007:

No Senado, porém, o texto original foi restaurado e, portanto, as despesas da União voltaram a estar vinculadas à Receita Corrente Bruta, começando, de forma

³⁶⁸ Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados (CONOF/CD). Op. Cit.

³⁶⁹ Id. Ibid.

progressiva, com 8,5 %, em 2008, e crescendo 0,5% ao ano até atingir um nível de 10% a partir de 2011. O projeto aprovado também define o que deve ser considerado como “ações de saúde” para o cálculo soa fastos com saúde de cada esfera federada, excluindo o pagamento de inativos e pensionistas, as ações de saneamento básico, merenda escolar e outros programas de alimentação, preservação do meio ambiente e ações de assistência social.³⁷⁰

Este foi apresentado e aprovado, remetido à Câmara dos Deputados onde recebeu o número PLP nº 306/2008.

O projeto inicialmente propunha que a União aplicasse anualmente na saúde um mínimo de dez por cento de suas receitas correntes brutas.³⁷¹ Todavia, sofreu Emenda sob a forma de substitutivo Global, a qual propôs a manutenção do modelo atualmente utilizado.

Grande diferenciador do PLP nº 306/2008 é que ele propunha, em seu substitutivo global, a criação de um novo financiador para à saúde pública, qual seja, a Contribuição Social para a Saúde – CSS, com alíquota de 0,1% sobre as movimentações financeiras. Tal contribuição era uma tentativa de recobrar os recursos que advinham da CPMF, extinto em 2007, no entanto foi retirado do projeto durante sua tramitação.

Quando se falou anteriormente da questão da CPMF, demonstrou-se no gráfico em que a CPMF não aumentou os recursos para as ações e serviços de saúde, somente serviu de financiador para que o governo pudesse diminuir os recursos advindos de outros locais. Os defensores da criação da CSS preconizam que estes recursos realmente servirão de fonte de capitação de valores, pois serão acrescidos aos recursos do piso constitucional e destinados somente à saúde.

O PLP nº 306/2008 transformou-se na Lei Complementar 141/2012. A lei em questão regulamentou, *in verbis*, o § 3º do artigo 198 da Constituição Federal que para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.³⁷²

³⁷⁰ TEIXEIRA. Op. Cit.

³⁷¹ Art. 5º do Substitutivo Global: A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB, ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

³⁷² BRASIL. Ementa da Lei complementar 141/2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm. Acesso em: 10/10/2012.

3.3.4 A tentativa frustrada de fixar base orçamentária para a saúde e a Lei Complementar n. 141/2012: O Obstáculo do Subfinanciamento Federal

A lei complementar 141/2012, foi publicada em janeiro de 2012, de acordo com ela a União investirá em saúde o valor aplicado no ano anterior acrescido da variação nominal do Produto Interno Bruto dos dois anos anteriores. Os Estados aplicarão 12% de suas receitas, enquanto os Municípios 15%. O Distrito Federal investirá 12 ou 15%, dependendo da origem da receita.

Importante acerto da Lei foi seu artigo 3º que versa sobre quais são os itens que podem ser utilizados para o critério de percentuais mínimos a serem destinados à saúde, que consegue acabar com grande discussão que havia no que pode ou não ser incluído no orçamento da saúde³⁷³.

No artigo 4º e no § 4º do artigo 24 explicitam-se quais são os itens que não podem ser incluídos no orçamento da saúde para o cálculo do valor mínimo a ser disponibilizado por cada esfera governamental.³⁷⁴

³⁷³ Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a: I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária; II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais; III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS); IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS; V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos; VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar; VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos; VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças; IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde; X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais; XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

³⁷⁴ Art. 4º Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de: I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde; II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área; III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal; IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º; V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade; VI - limpeza urbana e remoção de resíduos; VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais; VIII - ações de assistência social; IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde. Art. 24 da Lei complementar 141 de 2012: Art. 24. Para efeito de cálculo dos recursos mínimos a que se refere esta Lei Complementar, serão consideradas: § 3º Nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, serão consideradas para fins de apuração

Seguindo entendimento do Conselho Nacional de Saúde, através da Comissão de Orçamento e Financiamento:

A combinação dos dispositivos do artigo 4º com o parágrafo 4º do artigo 24 permite deduzir que as despesas financiadas com operações de crédito não serão computadas para o cálculo da aplicação mínima em saúde a partir de 13 de janeiro de 2012 e, como decorrência, as despesas com amortização e juros dessas operações passarão a computar esse cálculo.

Por outro lado, como as despesas financiadas com operações de crédito anteriores a 13 de janeiro de 2012 já foram consideradas no cálculo da aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde, os respectivos gastos com amortização e juros da dívida que venham a ocorrer a partir de 13 de janeiro de 2012 não poderão ser computados para evitar a dupla contagem, ou seja, para evitar que gastos que já foram computados como aplicação em saúde (no momento do recebimento dos recursos das operações de crédito para financiar uma obra) sejam novamente computados quando do pagamento da amortização e juros dessa mesma operação de crédito a partir da vigência desta lei complementar. O espírito do legislador, declarado por vários congressistas no momento do voto, não pretendia reduzir o processo de financiamento do SUS, pelo contrário. Além disso, nenhuma lei pode retroagir seus efeitos e nem há nesta Lei Complementar nenhum dispositivo que autorize esse procedimento de computar a mesma despesa duas vezes, ainda que com classificações orçamentárias diferentes (na primeira vez, dotações de obras e equipamentos, e na segunda, dotações de amortização e juros).

A COFIN/CNS alerta para a necessidade de obtenção de posicionamento oficial do Ministério da Saúde (MS) sobre esse tema, visto que um dos representantes da Subsecretaria de Planejamento e Orçamento (SPO/MS) na reunião dos dias 31 de janeiro e 01 de fevereiro manifestou entendimento favorável à computação dessa despesa na forma da “dupla contagem”, ainda que tenha expressado que se tratava de opinião pessoal. Se esse entendimento prosperar, haverá prejuízo ao financiamento do setor, pois a inclusão de despesa “duplicada” resultará na exclusão de outra, mantida a política observada, especialmente na União, desde 2000 de considerar a aplicação mínima constitucional como “máxima”. Para tanto, é necessário conhecer a situação dos contratos de operação de crédito ainda vigentes, tanto em termos de recebimento de recursos, quanto em termos dos pagamentos das respectivas amortizações e juros onerando o orçamento do Ministério da Saúde.³⁷⁵

A Lei Complementar n. 141/2012 estabeleceu os critérios para as transferências de recursos para a saúde além das normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas do governo.

Gilson menciona que dada lei lesionou os cidadãos na Câmara e ainda mais no Senado, que se contradisse, quando desaprovou o que eles próprios haviam aprovado, além da

dos percentuais mínimos fixados nesta Lei Complementar as despesas incorridas no período referentes à amortização e aos respectivos encargos financeiros decorrentes de operações de crédito contratadas a partir de 1º de janeiro de 2000, visando ao financiamento de ações e serviços públicos de saúde. § 4º Não serão consideradas para fins de apuração dos mínimos constitucionais definidos nesta Lei Complementar as ações e serviços públicos de saúde referidos no art. 3º:

³⁷⁵ Texto consolidado por Francisco R. Funcia a partir da reflexão dos participantes da reunião realizada durante a reunião da Comissão de Orçamento e Financiamento do Conselho Nacional de Saúde (COFIN/CNS) em Brasília nos dias 31 de janeiro e 01 de fevereiro de 2012. **Destques, Comentários e Questionamentos Preliminares sobre a Lei Complementar 141 de 13 de janeiro de 2012.** Disponível em: www.cnts.org.br/geral/Arquivo/Lei%20Complementar%20141.doc. Acesso em: 10/12/2012.

presidente Dilma vetar vários dos artigos aprovados da regulamentação da Emenda Constitucional 29. Para sustentar esse posicionamento faz uso dos seguintes argumentos, em síntese: 1- Que o Senado inicialmente havia se manifestado em fixar o gasto da União para com a saúde em 10% da Receita Corrente Bruta, no entanto manteve a previsão da Emenda Constitucional 29; 2- Que muitos artigos só repetiram previsão já constante em outras legislações; 3- Que os vetos da presidência, embora alguns fizessem sentido, foram de grande perda para a saúde, como o § 1º do artigo 5º, o artigo 13 e § 1º, que estendia o rigor da Lei para a União; artigo 13, § 3º, incisos I a V, artigo 15, § 1º, 2º e 4º e artigo 45 e §. ³⁷⁶

Questionava-se, na época da criação da lei complementar a reinclusão do projeto que previa a criação da Contribuição Social para a Saúde (CSS), no entanto tal inclusão foi rejeitada pautada na ideia de que seria uma nova CPMF.

Como a lei complementar 141/2012 não fixou os recursos da União para a saúde de maneira que satisfizesse a opinião popular, o conselheiro nacional do Conselho Nacional de Saúde, Ronald Ferreira, mencionou a criação de Movimento Nacional em Defesa da Saúde Pública, recolhendo mais de um milhão e quinhentas mil assinaturas para propor lei no Congresso Nacional com o intuito de destinar 10 % do orçamento para a saúde pela União. Participam desta iniciativa o Conselho Nacional de Saúde (CNS), Conselho Nacional de Saúde de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS), Conselho Nacional de Secretarias Estaduais de Saúde (CONASS), Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, Associação Médica Brasileira (AMB), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), além de outras representações de classes. ³⁷⁷

Além da iniciativa popular existem alguns projetos visando à regulamentação de recursos da União como o PLP 00123/2012, de iniciativa do Deputado Darcísio Perondi, que propõe regulamentação para o § 3 do artigo 198 da Constituição Federal e o PLP-000124/2012, de iniciativa do Deputado Eleuses Paiva. ³⁷⁸

³⁷⁶ CARVALHO, Gilson. **Comentários à Lei Complementar 141 de 13 de janeiro de 2012 que regulamenta a EC-29 e aos vetos ao projeto aprovado no Senado**. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/upload/material%20noticias/analise_Gilson_Carvalho_lei_emenda_29.pdf>. Acesso em: 10/12/2012.

³⁷⁷ CONASS. **CNS se debruça em aspectos relacionados ao financiamento da saúde pública**. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2012/14_mar_debruca_financiamento.html. Acesso em: 15/12/2012.

³⁷⁸ SANTOS, Lenir. **SUS e a Lei Complementar 141 Comentada**. Campinas, SP: Saberes Editora, 2012. p. 37 e 38.

3.3.5 Distribuição dos Recursos na área da saúde: repasses da União para Estados, Municípios e Distrito Federal

Baseado nos dados apresentados pela Receita Federal, o Brasil, no ano de 2009 apresentou um Produto Interno Bruto-PIB de R\$3.185,13 bilhões, sendo que a arrecadação tributária Bruta- ATB ³⁷⁹ do ano foi de R\$1.055,44 bilhões, estimando-se em 33,14 % a carga tributária. No ano de 2010 o PIB brasileiro foi de R\$ 3.674,96 trilhões e a ATB de R\$ 1.233,49 trilhões, concluindo-se com uma carga tributária no ano de 33,56%.³⁸⁰

Tabela 2 - Receita Tributária por Tributo e Competência - 2006 a 2010 - em % do PIB.

Receita Tributária por Tributo e Competência - 2006 a 2010 - em % do PIB					
Tributo	2006	2007	2008	2009	2010
Total da Receita Tributária	33,36%	33,95%	34,11%	33,14%	33,56%
Tributos do Governo Federal	23,34%	23,94%	23,91%	23,14%	23,46%
Orçamento Fiscal	7,85%	8,23%	9,14%	8,30%	8,42%
Imposto de Renda	5,74%	6,02%	6,38%	6,04%	5,81%
Pessoas Físicas	0,34%	0,48%	0,47%	0,44%	0,45%
Pessoas Jurídicas	2,21%	2,49%	2,61%	2,46%	2,27%
Retido na Fonte	3,19%	3,05%	3,30%	3,14%	3,09%
Imposto sobre Produtos Industrializados	1,14%	1,18%	1,22%	0,87%	1,02%
Imposto sobre Operações Financeiras	0,29%	0,29%	0,67%	0,60%	0,72%
Impostos sobre o Comércio Exterior	0,42%	0,46%	0,56%	0,50%	0,57%
Imposto Territorial Rural	0,01%	0,01%	0,01%	0,01%	0,01%
Impostos Prov. sobre Mov. Financeira	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%
Taxas Federais	0,15%	0,15%	0,16%	0,16%	0,16%
Cota-Parte Ad Fr. Ren. Marinha Mercante	0,04%	0,05%	0,08%	0,05%	0,06%
Contrib. Custeio Pensões Militares	0,05%	0,05%	0,05%	0,05%	0,05%
Cota-Parte Contrib. Sindical	0,01%	0,01%	0,01%	0,01%	0,01%
Orçamento Seguridade Social	13,05%	13,28%	12,37%	12,35%	12,54%

³⁷⁹ A Carga Tributária Bruta é fixada como a razão entre a arrecadação nominal de tributos e o PIB a preços de mercado nominal.

³⁸⁰ SANTANA, Iraelson Calado (org.). **Carga Tributária no Brasil 2010. Análise por Tributos e Base de Incidência**. Ministério da Fazenda: Secretaria da Receita Federal do Brasil. 2011. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudoTributarios/estatisticas/CTB2010.pdf>>. Acesso em: 09/10/2012. p. 1.

Contribuição para a Previdência Social	5,21%	5,28%	5,39%	5,71%	5,77%
COFINS	3,82%	3,80%	3,93%	3,64%	3,79%
Contribuição Prov. sobre Mov. Financeira	1,35%	1,37%	0,03%	0,00%	0,00%
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido	1,14%	1,26%	1,41%	1,37%	1,24%
Contribuição para o PIS	0,85%	0,83%	0,85%	0,81%	0,83%
Contribuição para o PASEP	0,15%	0,15%	0,16%	0,16%	0,27%
Contrib. Seg. Soc. Servidor Público	0,51%	0,52%	0,53%	0,58%	0,57%
Outras Contribuições Sociais	0,03%	0,07%	0,07%	0,08%	0,08%
Demais	2,44%	2,43%	2,39%	2,49%	2,51%
Contribuição para o FGTS	1,54%	1,56%	1,61%	1,72%	1,68%
CIDE Combustíveis	0,33%	0,30%	0,20%	0,15%	0,21%
CIDE Remessas	0,03%	0,30%	0,20%	0,15%	0,21%
FUNDAF	0,01%	0,01%	0,01%	0,01%	0,01%
Outras Contribuições Econômicas	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%
Salário Educação	0,29%	0,27%	0,29%	0,30%	0,30%
Contribuições para o Sistema S	0,24%	0,25%	0,26%	0,27%	0,27%
Tributos do Governo Estadual	8,59%	8,45%	8,67%	8,48%	8,47%
ICMS	7,05%	6,92%	7,21%	7,03%	6,99%
IPVA	0,51%	0,54%	0,55%	0,55%	0,56%
ITCD	0,04%	0,05%	0,05%	0,05%	0,06%
Taxas Estaduais	0,26%	0,26%	0,27%	0,25%	0,29%
Previdência Estadual	0,66%	0,63%	0,54%	0,54%	0,50%
Outros	0,06%	0,06%	0,06%	0,06%	0,06%
Tributos do Governo Municipal	1,43%	1,55%	1,52%	1,52%	1,63%
ISS	0,61%	0,66%	0,70%	0,70%	0,75%
IPTU	0,40%	0,41%	0,39%	0,38%	0,42%
ITBI	0,09%	0,11%	0,12%	0,12%	0,12%
Taxas Municipais	0,11%	0,13%	0,10%	0,10%	0,11%
Previdência Municipal	0,13%	0,16%	0,13%	0,13%	0,15%
Outros Tributos	0,08%	0,09%	0,08%	0,08%	0,08%

Fonte: SANTANA. Op. Cit. p. 11.

Analisando a tabela acima se percebe que a União, Estados e Municípios respectivamente, com base no PIB, arrecadam 23,46%, 8,47% e 1,63%. Verifica-se que a União é a maior arrecadadora de tributos brasileiros, somando os três entes federados, no ano de 2010, arrecadaram 33,56% do PIB. Para alguns, o Brasil apresenta enorme carga tributária, o que dificulta a situação da saúde brasileira. São argumentos usualmente lembrados pelo Congresso quando da confecção de emendas regulatórias ao financiamento da saúde o fato de que é impossível aumentar a parcela do orçamento destinada à seguridade social, em específico a saúde pública, pois faltariam recursos em outras áreas. Ademais, devido a grande carga tributária brasileira as tentativas de se criar um novo imposto para financiar a área da saúde restaram frustradas.

Paulo Gadelha, em entrevista concedida a Revista Carta Maior fala sobre o mito de que a carga tributária brasileira seja tão alta como preconizada pela população, menciona que a carga tributária brasileira é de 34,7% do PIB, estando abaixo da média dos países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), que diz ser de 36%. Questiona o gasto per capita em Saúde, que cita ser menor que vários outros países e menor até do que alguns países da América Latina. Fala sobre o fato de que o modelo do SUS é feito para um país com mais de 100 milhões de habitantes, de maneira universal, integrando princípios de equidade e integralidade, sendo que nessas proporções não existe outro país do mundo, exemplificando que o modelo de saúde canadense e o inglês, que são universais, trabalham com populações bem menores. Comenta sobre a regulamentação da Emenda 29 sem recursos adicionais é o mesmo do mesmo, que um patamar favorável para a saúde seria a margem de 10% do PIB do orçamento da União para saúde.³⁸¹

Pesquisa feita pela Confederação Nacional da Indústria demonstrou que 61% dos brasileiros reprovam o SUS, sendo que 1% dos entrevistados consideram o sistema ótimo, 9% bom, 28% regular, 22% péssimo e 39% ruim. Dos entrevistados na pesquisa 95% acreditam ser uma questão crucial para a melhoria do sistema maior investimento no SUS. No entanto, 96% se manifestam contrariamente a criação de um novo imposto, mesmo que vinculado à área da saúde. Mencionam 82% que o Governo deveria acabar com a corrupção, 53% relatam que deveria se reduzir os desperdícios, sendo que só 18% citam precisar ser movido recursos de outras áreas para a área da saúde. Citam como problemas gritantes do setor da saúde a

³⁸¹ Paulo Gadelha é médico sanitário, Presidente da Fiocruz, concedeu entrevista a Revista Carta Maior referente ao subfinanciamento do SUS, em 05/10/2011. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=18635>. Acesso em: 12/12/2012.

demora no atendimento em hospitais e postos de saúde, poucos equipamentos e profissionais da área da saúde, além de má remuneração dos mesmos.³⁸²

Mormente já citado, o financiamento do SUS é compartilhado entre Federação, Estados e Municípios. Atualmente, pautado em estudos do IPEA³⁸³, os gastos da União pertencentes ao grupo Gastos Sociais Federais (saúde, previdência, educação e seguridade), para o ano de 2010, cresceram menos que o PIB. No ano de 2009 eram equivalentes a 15,8% do PIB, enquanto que no ano de 2010 diminuíram para a casa de 15,41%. Os órgãos públicos federais, em 2010, executaram na área social, recursos na ordem de R\$ 498 bilhões, “o que corresponde a 33,1% do montante executado nos orçamentos fiscal e da seguridade social da União ou a 43,9%, se não se considerar o valor de R\$ 370,9 bilhões, referente ao refinanciamento da Dívida Pública Mobiliária Federal – a chamada “rolagem da dívida”.” Em relação ao PIB de 2010 divulgado de R\$ 3.675,0 bilhões, os Gastos Sociais Federais tiveram uma percentagem equivalente a 13,6 no total.³⁸⁴

3.4 REFERENCIAL TEÓRICO IGUALDADE DISTRIBUTIVA

Em seu artigo 196, a Constituição Federal de 1988 sancionou como dever do Estado a prerrogativa de que todos os cidadãos têm direito à saúde de maneira igualitária e universal. Propôs ainda, em seu artigo 198, que as ações e serviços públicos de saúde serão garantidos pelo Estado através de uma rede hierarquizada e regionalizada, pautada em diretrizes próprias como descentralização, integração e participação da comunidade.

Para pormenorizar a análise dos pressupostos acima apresentados é necessário decompor os conceitos em signos linguísticos capazes de alcançar a dimensão elencada em curto texto, que se apresenta extenso em conteúdo. Inicia-se com a premissa básica de que todos possuem assegurados constitucionalmente o direito à saúde de maneira igualitária.

³⁸² Pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria em parceria com o IBOPE, em que foram entrevistadas 2.002 pessoas num total de 141 Municípios. Pesquisa CNI – IBOPE: **Retratos da sociedade brasileira**: saúde pública – (janeiro 2012) – Brasília: CNI, 2012.

³⁸³ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA.

³⁸⁴ IPEA. **Gasto Social Federal**: uma análise da execução orçamentária de 2010. p. 4. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110825_comunicadoipea108.pdf>. Acesso em: 08/12/2012.

3.4.1 Definição do conceito de igualdade política conforme ensinamentos de Dworkin

Na proposta de Dworkin, “a igualdade é um ideal político popular”, sucita que as pessoas podem se tornar mais iguais em um determinado aspecto e como consequência se tornar menos iguais em outros. Desta forma diz que existem vários conceitos de igualdade, sendo necessário solidificar qual é o conceito de igualdade perseguido pela política. [...] “Existe uma diferença entre dar um tratamento igualitário às pessoas, com relação a uma ou outra mercadoria ou oportunidade, e tratá-las como iguais”. Menciona que dependendo do propósito podem-se ter objetos diferentes que definam a igualdade. Em uma sociedade que prioriza o estudo, entenderia igualdade dar amplos meios a todos para estudar, sendo a população igual indiferentemente de condições financeiras ou importância da família na sociedade. Para melhor conceituar a igualdade, parte de um conceito que chamou de igualdade distributiva:³⁸⁵

A igualdade distributiva, conforme a defino, não trata da distribuição de poder político, por exemplo, ou dos direitos individuais que não os direitos a certa quantidade ou parcela de recursos. É óbvio, creio, que essas questões reunidas sob o rótulo de igualdade política não são tão independentes das questões da igualdade distributiva quanto talvez insinue a diferença. Quem não pode desempenhar um papel na decisão, por exemplo, quanto à preservação contra a poluição de um ambiente que preze é mais pobre do que quem pode ter um papel importante nessa decisão. Não obstante, parece provável que se possa elaborar melhor uma teoria completa da igualdade, que abranja uma série de questões relativas à igualdade distributiva e política, aceitando-se diferenças iniciais, embora um tanto arbitrarias, entre essas questões.³⁸⁶

Menciona que a igualdade distributiva comporta duas teorias, que nomeia de igualdade de bem-estar e igualdade de recursos. A primeira teoria afirma que o esquema distributivo trata as pessoas como iguais no momento em que distribui ou transfere recursos entre elas até que não possa mais ser feito transferências que possibilitem deixá-las mais iguais em bem-estar do que já estão. A segunda trata as pessoas como iguais no momento em que distribui ou transfere recursos entre elas até que não possa mais ser feito transferências que possibilitem deixá-las mais iguais em recursos do que já estão:³⁸⁷

Em geral, as autoridades têm informações suficientes sobre a distribuição de preferências e deficiências para justificar ajustes gerais na igualdade de recursos (por exemplo, por meio de políticas fiscais especiais), se sua meta for a igualdade de

³⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 3.

³⁸⁶ Id. Ibid. p. 4.

³⁸⁷ Id. Ibid. p. 4 a 6.

bem-estar. Mesmo quando não têm, algumas estruturas econômicas que viessem a criar seriam antecipadamente mais bem calculadas para reduzir a desigualdade de bem-estar em condições de incerteza, e outras para reduzir a desigualdade de recursos.

Aponta, no primeiro capítulo da obra intitulada *A Virtude Soberana*, pontos negativos referentes a teoria da igualdade distributiva de bem-estar, conforme segue: Primeiramente questiona se o ideal de igualdade do bem-estar pode ser aceito pela sociedade, considerando problemas particulares de preferências dispendiosas e das deficiências; não se sabe claramente qual é o conceito de bem-estar, ficando extremamente difícil elaborar um meio-termo.

Qualquer teoria que adote a igualdade de bem-estar social deve dar atenção ao bem-estar das pessoas como um todo, e não ao bem-estar oriundo ou perdido de uma determinada fonte.[...] Ninguém deve ter menos bem-estar que qualquer outra pessoa. Se esse princípio for sólido, então o ideal da igualdade de bem-estar pode perceptivelmente deixar em aberto o problema prático de como tomar decisões quando a comparação de bem-estar fizer sentido, mas seu resultado não for claro.³⁸⁸

Divide a teoria de bem Estar em dois grupos. Em um grupo está o que considera como teorias bem sucedidas, que são aquelas em que presumem-se que o bem-estar individual é uma questão de êxito na satisfação de preferências, na concretização de metas e aspirações, é dizer, a igualdade de êxito, como conceito de igualdade de bem-estar sugere a distribuição e a transferência de recursos até o ponto em que nenhuma outra transferência possa reduzir as diferenças entre os êxitos das pessoas. No entanto, como as pessoas apresentam diferentes preferências, têm-se diferentes teorias de êxito.

Primeiro fala das Teorias de Preferências Políticas, sendo elas: Políticas formais: Deve-se distribuir os bens segundo os méritos ou deméritos. Políticas Informais: Distribui-se os bens conforme simpatiza ou não com determinadas pessoas. Impessoais: Relacionadas a coisas que não lhes pertencem ou à vida ou a situações de outras pessoas, ex: progresso do conhecimento científico. Pessoais: Relaciona-se com suas próprias vivências ou situações enfrentadas.

A segunda classe de teorias do bem-estar nomina de teorias de estado de consciência. “A igualdade de bem-estar vinculada a esse tipo de teoria afirma que a distribuição deve tentar deixar as pessoas no nível máximo possível de igualdade em algum aspecto ou qualidade de sua vida consciente.”³⁸⁹

³⁸⁸ DWORKIN. Op. Cit. p. 9 e 10.

³⁸⁹ Id. Ibid. p. 12.

A terceira classe de teorias do bem-estar por Dworkin analisada no livro “A Virtude Soberana” nominou de Concepções Objetivas, consistindo nos recursos disponíveis para a pessoa. Existe também o problema cronológico, pois, as pessoas mudam com o tempo e suas preferências mudam junto.

Teorias do êxito: Mencionam que a igualdade deve se pautar na satisfação alcançada pelas pessoas. Diz o autor que esta teoria só pode ser usada como ideal, sendo impossível sua aplicação como real.

A satisfação das pessoas, conforme já disse, provém da satisfação de suas preferências políticas e impessoais, bem como diretamente de suas preferências pessoais, e sua insatisfação provém das preferências políticas e impessoais frustradas. Mas as mesmas ponderações que defendem Uma forma restrita de igualdade de êxito, que não leva em conta o êxito ou o fracasso na realização dessas preferências nos cálculos que ela recomenda, defendem restrições semelhantes na igualdade de satisfação. Presumirei, então, que a igualdade de satisfação, como teoria da igualdade de distribuição, afirma que se deve distribuir os recursos, na medida do possível, de modo que as pessoas sejam iguais na satisfação direta e proveniente de convicções de que suas preferências pessoais foram realizada.³⁹⁰

Cita que na teoria de igualdade de satisfação também existem restrições pois o que ela consegue é fazer com que as pessoas se tornem iguais no que valorizam, mas não consegue fazer com que as pessoas valorizem as mesmas coisas na mesma intensidade.

Afirma que duas pessoas ocupam o mesmo nível de bem-estar quando ambas são saudáveis, estão em pleno gozo das faculdades mentais, são bem-educadas e igualmente prósperas, embora insatisfeitas por algum motivo, e ainda que uma dê muito menos valor a esses recursos do que a outra. Essa é uma teoria objetiva no sentido que se recusa a aceitar o juízo da própria pessoa com relação a seu bem-estar, mas, pelo contrário, insiste que seu bem-estar é definido pelo menos por certos tipos de recursos básicos a sua disposição.³⁹¹

Igualdade Objetiva na concepção de Dworkin:

A igualdade de bem-estar, assim interpretada, só requer que as pessoas sejam iguais nos recursos designados. Essa versão da igualdade de bem-estar não é, portanto, diferente da igualdade de recursos, ou pelo menos da igualdade em alguns recursos. É antes uma afirmação da igualdade de recursos na linguagem (enganosa) do bem-estar. A afirmação abstrata da igualdade de recursos, obviamente, como já disse, deixa em aberto a questão acerca do que conta como recurso e de como se deve avaliar a igualdade de recursos.³⁹²

Após apresentar todas as teorias para o que chama igualdade distributiva, e questionar que apesar de ter nomeado algumas teorias, várias outras apontadas por diversos autores

³⁹⁰ DWORKIN. Op. Cit. p. 46.

³⁹¹ Id. Ibid. p. 52.

³⁹² Id. Ibid. p. 52 e 53.

ficaram fora da lista, instiga sensatamente com o que chama de sugestão ecumênica argumentando que talvez um conceito geral e cabível a todos os casos de igualdade seria a junção e mistura de todos os conceitos anteriormente estudados e ainda juntando os conceitos de igualdade que estão por vir (...)

As combinações e as compensações são apropriadas quando não se pode satisfazer de imediato um conjunto de metas ou princípios concorrentes, cada um dos quais com atrativos independentes. Não são apropriadas quando nenhuma meta ou princípio demonstrou ter qualquer atrativo independente, pelo menos como uma teoria da igualdade.
393

Fala sobre os gostos dispendiosos, em que as pessoas adquirem novos gostos com o tempo e que, digamos que certa comunidade tenha conseguido alcançar a igualdade com base em determinado critério, que alguns membros daquela comunidade resolvam atingir o bem-estar através de novos gostos, agora extremamente caros e que, retirando recursos de outros membros sem que estes sintam déficit em seu bem-estar ao manter os novos gostos de alguns. Desta maneira se manteria o bem-estar desta dada comunidade no entanto contradiria o ideal de igualdade abraçado pela comunidade em questão.

Devemos ter o cuidado de distinguir, quando analisamos possíveis qualificações de quaisquer dessas concepções, o compromisso de um princípio e sua contradição. O compromisso expressa o peso de um princípio independente e adversário; a contradição é uma qualificação que expressa, pelo contrário, a negação do próprio princípio original. A questão que quero salientar é esta: o princípio de igualdade pode encontrar um compromisso (sob qualquer interpretação da definição de igualdade de bem-estar) de tal modo que bloqueie os resultados inicialmente contra-intuitivos daquele princípio, como a afirmação de que as pessoas que gostam de champanhe deviam ter mais recursos? Ou seria qualquer qualificação capaz de excluir esses resultados, pelo contrário, uma contradição que conceda a irrelevância final do princípio?³⁹⁴

Os gostos dispendiosos são realmente complexos pois a escolha do que não é dispendioso foi feita pela sociedade e não por aquele único ser social que acha que aquele gosto específico é essencial ao seu bem-estar, analisando o mesmo como busca de satisfação.

[...]o princípio independente de utilidade justifica um compromisso com o princípio de igualdade de bem-estar ao recomendar que as pessoas não tenham igualdade de bem-estar se adquirirem gostos dispendiosos, para não incentivá-las a fazê-lo. Se a concepção escolhida for uma concepção distinta, isso significa que as pessoas devem ser desencorajadas, em benefício da utilidade média, de trazer à tona que precisarão de mais recursos para atingir o mesmo bem-estar, embora possam pensar que sua vida teria mais êxito se o trouxessem. Se a concepção escolhida for a do êxito total subjetivamente julgado,

³⁹³ DWORKIN. Op. Cit. p. 55.

³⁹⁴ Id. Ibid. p. 56.

deve-se, então, desencorajar nas pessoas o reexame de suas vidas de modo que possa deixá-las insatisfeitas com o valor da vida que tem.³⁹⁵

Conforme Dworkin, as pessoas devem ser livres para viver a vida da melhor maneira possível dentro do que seu quinhão de recursos sociais permite, no entanto, não sendo livre a invasão de quinhão alheio para satisfação própria, demonstrando em sua construção argumentativa que a igualdade de bem-estar é um conceito mais fraco do que imaginado.

Conforme o autor, a igualdade de bem-estar não é um ideal tão claro e coerente como pretende ser. **Perguntando se a igualdade de recursos é mais forte do que a igualdade de satisfação.**

Define Dworkin que a igualdade de recursos é [...]“uma questão de igualdade de quaisquer recursos que os indivíduos possuam privadamente.”³⁹⁶ Permeia sua teoria duas ideias básicas, quais sejam escolha e responsabilidade. Clarificando o que precisa de fato ser distribuído na sociedade pois demonstra Dworkin que uma distribuição igualitária de riquezas nem sempre é sinônimo de justa distribuição.

Deve o governo criar mecanismos capazes de possibilitar aos cidadãos as escolhas disponíveis. Propõe o autor que a Virtude Soberana que uma sociedade Política detém está diretamente direcionada a igualdade de opções que seus cidadãos possuem. Pautados na premissa de liberdade que cada cidadão possui com os recursos disponíveis. O próprio autor faz algumas críticas ao modelo igualitário de recursos quando menciona que existem as pessoas com escolha por gostos dispendiosos, sendo que cabe a cada pessoa determinado recurso e que suas escolhas implicarão em reduzir determinados outros gastos para poder arcar com seus gostos diferenciados, que em nenhum momento a parcela que cabe a si será aumentada por causa de sua forma de vida. Fala também o autor sobre as dificuldades que podem sobrevir em uma sociedade que resolveu utilizar como princípio de igualdade os recursos disponíveis em ocasião que se analisa os talentos naturais ou na outra ponta, as deficiências físicas. Essas deficiências naturais poderiam fazer com que determinado indivíduo, com os mesmos recursos disponíveis que outros, não conseguissem desfrutar das mesmas opções de escolhas, devido as suas limitações, quando comparado a um sujeito saudável, entendendo-se que a distribuição de recursos não foi justa. Nesse ponto em específico Dworkin enfrenta o mesmo problema enfrentado pelo direito à saúde no sistema brasileiro.

³⁹⁵ Id. Ibid. p. 63.

³⁹⁶ Id. Ibid. p. 79.

Os recursos financeiros disponibilizados através do orçamento público são escassos para atender as necessidades básicas da população, quanto mais para cobrir altos custos de tratamentos reconhecidos pelo judiciário. É uma questão ingrata pois, o orçamento que poderia servir para suprir o estoque básico da farmácia popular e pública referente ao tratamento de inúmeras pessoas, como a medicação para a pressão chamada captopril, que grande parte da população brasileira utiliza e que literalmente salva suas vidas e os deixa em condições laborais, acaba sendo utilizado para pagar o tratamento de um único indivíduo e a farmácia fica a descoberto.

O sistema proposto por Dworkin para a igualdade social através dos recursos sugere que para ser considerada justa, necessita produzir desigualdades, como por exemplo o valor despendido com bens particulares para os especiais. No entanto, regulariza a problemática enfatizando a base que fundamenta a igualdade de recursos, qual seja, “o leilão igualitário inicial”³⁹⁷. Para Dworkin a liberdade serve, dentro de um sistema político, como instrumento que viabiliza um ideal de igualdade dentro de determinada sociedade. Inclusive chama em seu discurso à ideia da palavra liberdade descrevendo que a mesma só compactua com o ideal de igualdade a partir do momento que várias pessoas percebem que através de certo grau de liberdade possibilita conquistar interesses particulares.

È por meio da liberdade que o Poder Executivo faz suas escolhas alocativas para os recursos disponíveis, utilizando o benefício da escolha em vezes que pretende conquistar interesses particulares. A sociedade brasileira, tem objetivos, metas em comum, mas também possui interesses particulares. Esses não devem ser vistos como necessariamente ruins desde que atinjam finalidades públicas, o problema se encontra nos casos em que os fins públicos decaem proporcionando os fins pessoais.

Pergunta-se qual seria a melhor maneira de se trabalhar a peça orçamentária brasileira, em comento a parte que tece considerações sobre o orçamento para a previdência social e em específico, para a saúde. Será que a igualdade distributiva pautada na igualdade de recursos, percebendo as diferenças, possibilitando um mesmo ponto de partida para todos, é o ideal a ser perseguido? Acredito que possa ser um referencial de partida para aplicar o preconizado no artigo 196 da Constituição Federal direito igualitário a saúde para todos, dentro do seu quinhão de recursos disponíveis.

³⁹⁷ Dworkin, na obra *A Virtude Soberana*, propõe um modelo prático para sua teoria, exemplifica com o caso hipotético de cidadãos náufragos em uma ilha deserta onde todos teriam uma quantidade igual de conchas para utilizar em um leilão que dividiria os bens disponíveis na ilha e as conchas serviriam como moedas de compra desses bens. Cada indivíduo daria quantas conchas achasse valer determinado item, sendo que sobriariam menos conchas para outras, utilizariam conforme sua satisfação pessoal.

3.4.2 Aplicação prática do conceito igualdade de recursos no Orçamento Público Brasileiro destinado a Saúde

Os Estados Unidos da América gastam cerca de 16% do PIB em saúde, Cuba em média 12 %, Alemanha, Portugal e Canadá aproximadamente 11 %. Já quando se analisa o gasto na saúde brasileira, visto ser um país populoso, percebe-se que o gasto por habitante é em média US\$ 1.000, sendo pago metade deste valor pelo setor público e metade pelo setor privado. Países como Reino Unido, Alemanha e Canadá gastam em torno de US\$ 4.000 (quatro mil dólares) por habitante e no caso do Reino Unido essa conta é paga praticamente toda pelos cofres públicos. Comparando o gasto do PIB em saúde por habitante do Brasil com a Argentina, gastam os dois países quase o mesmo valor em saúde, no entanto no caso da Argentina os gastos públicos são 80% enquanto que no Brasil somente 50%³⁹⁸.

O Brasil, país que apresenta o 6º maior PIB mundial, possui aplicação dos resultados orçamentários em saúde menor se comparado a outros países que possuem PIB menor que o brasileiro. Questiona-se como o orçamento é findavelmente inferior ao necessário, que este não supre sequer as necessidades básicas como a medicação mínima nos postos de saúde para quem não pode comprá-las. Indaga-se também o baixo número de profissionais trabalhando na área da saúde, sendo que a população é obrigada a sair de madrugada para ir às filas dos postos da rede pública para tentar conseguir um atendimento. E infelizmente esta é a realidade hoje vivida pela saúde brasileira, dificuldades percebidas pelos que realmente dela necessitam.

Mundialmente relata-se que o Sistema Único de Saúde nacional é um exemplo a ser seguido devido a sua estruturação teórica, no entanto a prática não condiz com a realidade vivida pelos 190 milhões de brasileiros³⁹⁹. Demonstra-se pela tabela abaixo o número de leitos credenciado ao SUS:⁴⁰⁰

³⁹⁸ Estes dados foram divulgados no ano de 2009 pela Organização Mundial da Saúde e aqui repassados pautados em uma avaliação do professor Naércio Menezes Filho. Disponível em: <http://www.oim.tmunicipal.org.br/?pagina=detalhe_noticia¬icia_id=29894>. Acesso em: 20 de junho de 2012.

³⁹⁹ Conforme dados do censo demográfico realizado pelo IBGE no ano de 2010, que calcularam uma população estimada em 190.732.694 pessoas. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em: 15 de junho de 2012.

⁴⁰⁰ Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?idb2011/e02.def>>. Acesso em: 12/12/2012.

Tabela 3 - Número de Leitos Hospitalares por Habitantes- IBGE – Leitos Públicos por mil habitantes segundo Unidade da Federação - Período: 2009

Número de Leitos Hospitalares por Habitantes- IBGE – Leitos Públicos por mil habitantes segundo Unidade da Federação- Período: 2009	
Unidade da Federação	Leitos Públicos por 1.000 habitantes
Rondônia	1,51
Acre	1,43
Amazonas	1,33
Roraima	1,59
Pará	0,78
Amapá	1,36
Tocantins	1,65
Maranhão	1,31
Piauí	1,59
Ceará	0,86
Rio Grande do Norte	1,18
Paraíba	1,07
Pernambuco	1,14
Alagoas	0,68
Sergipe	0,44
Bahia	0,90
Minas Gerais	0,55
Espírito Santo	0,58
Rio de Janeiro	1,04
São Paulo	0,58
Paraná	0,61
Santa Catarina	0,57
Rio Grande do Sul	0,41
Mato Grosso do Sul	0,68
Mato Grosso	0,78
Goiás	0,87
Distrito Federal	1,39
Total	0,80

O próprio Ministério de Saúde brasileiro preconiza que deve haver uma média de 2,3 a 3,0 leitos por 1000 habitantes. É verdade que nesta média estão previstos tanto leitos privados quanto públicos, além dos convênios público-privados. Entretanto evidencia-se que o próprio SUS não segue as normatizações do Ministério da Saúde, conforme tabela acima demonstrou.

Acompanham-se diariamente notícias nos jornais que vinculam mortes ou complicações de saúde ocorridas em pessoas que aguardavam atendimento no Sistema Único de Saúde.⁴⁰¹ Veicula-se na mídia que o Ministério Público precisa intervir para que pessoas

⁴⁰¹ Músico morre após aguardar 38 horas em um posto de saúde por uma vaga de UTI. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/05/18/musico-do-pr-morre-apos-esperar-38h-por-vaga-em-uti-familiares-acusam-hospital-particular-de-exigir-pagamento-antecipado-para-interna-lo.htm>>. Acesso em: 18/12/2012.

consigam o que é preconizado como direito pela Constituição Federal e responsabilidade do SUS, mas que, via de regra e não exceção, não é cumprido.⁴⁰²

Segundo mensagem presidencial de 2011, o Governo Federal atua na operacionalização de ações e serviços de saúde solidariamente aos Estados e Municípios, através do SUS.⁴⁰³ Como poderia então esse mesmo Governo dizer que no momento que um paciente aguarda atendimento, depois de socorrido por ambulância e percorrer diversos hospitais não obtendo vaga⁴⁰⁴, a responsabilidade pela prestação de socorro era do Município e o Município, por sua vez, menciona que a responsabilidade era do Estado? No mínimo existe neste enleio, ou desconhecimento dos votos presidenciais, ou mero argumento retórico. Compete solidariamente aos três entes federativos o atendimento. Notadamente, tais fatos que abalam a sociedade e bombardeiam os noticiários acontecem diuturnamente, não se apresentando como fato isolado.

Conforme matéria veiculada no jornal Estadão, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE divulgou dados referentes ao ano de 2007 em que os gastos com saúde correspondiam a 8,4% do Produto Interno Bruto-PIB nacional, 0,2% a mais que em 2005. No entanto, deste valor 57,4% (R\$ 128,9bi) foram pagos pelas famílias e 41,6% (R\$ 93,4%) pelo setor público. As instituições sem fins lucrativos (asilos, clínicas e orfanatos) consumiram R\$ 2,3 bi. Ainda na mesma reportagem, menciona-se que o padrão nos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é de, no mínimo, 70% de financiamento público, com exceção dos Estados Unidos e México, onde é de 45%.⁴⁰⁵ Ou seja, o orçamento público para saúde brasileira se apresenta muito aquém da real necessidade, isso sem se falar do caráter impositivo de algumas ordens judiciais no quesito saúde, que retiram valores do orçamento geral para cobrir gastos em específico.

⁴⁰² O Ministério Público de Rondônia, através da Promotoria de Justiça de Proteção e Defesa da Saúde, oficiou ao Secretário do Estado da Saúde pedindo a urgência em compra de materiais para a realização de cirurgias cardíacas, em que pese 31 pacientes aguardar pela realização do procedimento que não está sendo realizado pela falta de materiais. Disponível em: <<http://www.rondoniadinamica.com/arquivo/mp-ro-solicita-a-sesau-prioridade-na-compra-de-material-para-cirurgia-cardiaca,33698.shtml>>. Acesso em: 17/12/2012.

⁴⁰³ BRASIL. Presidente (2012-:D. V.Rousseff). **Mensagem ao Congresso Nacional**, 2011: 2ª Sessão Legislativa Ordinária da 54ª legislatura. Brasília: Presidência da República, 2012. p.177.

⁴⁰⁴ Rapaz de 21 anos percorreu cinco hospitais, totalizando 88 quilômetros em sete horas para conseguir atendimento, após cair da laje no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/09/e-inadmissivel-diz-secretario-sobre-paciente-que-percorreu-5-hospitais.html>. Acesso em: 12/12/2012.

⁴⁰⁵ Jornal Estadão. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,familias-bancam-574-dos-gastos-publicos-com-saude-diz-ibge,479178,0.htm> [15 de novembro de 2010].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo o trabalho dissertativo ora apresentado pauta-se, de maneira sintética e específica, na evolução da população mundial para que se chegasse à base teórica hoje existente. Desde a ruptura do Estado Absolutista para o Estado Liberal, posteriormente a ruptura com as premissas de supervalorização do indivíduo para as ideias de proteção do coletivo, emergindo o constitucionalismo social.

O constitucionalismo social fundamenta-se nas proposições de intervenção estatal nas atividades econômicas, regulando e as subsidiando se necessário, embasado na prerrogativa de se construir um Estado de Bem-Estar para a maioria da população.

Para tal, a Constituição Federal de 1988 se desenhou fundamentalista, abarcando direitos de várias dimensões, como a proteção a liberdade, a não intervenção estatal em alguns casos, os chamados direitos negativos, que servem como meios de defesa do cidadão perante o Estado. Também garantiu direitos fundamentais de segunda dimensão, os intitulados direitos positivos, que exigem ações positivas por parte do Estado, ações prestacionais.

Destarte, esses direitos, tantos os negativos quanto os positivos, devem ser garantidos pelo Estado e essa garantia se faz mediante leis, as quais precisam de orçamento para serem efetivadas, envolvem custo para o Estado.

São inúmeros os direitos garantidos pela Constituição Federal e poucos os recursos para efetivá-los, o que obriga que os entes federativos façam escolhas alocativas de seus recursos, através das políticas públicas, que são os instrumentos através dos quais o Estado realiza seus objetivos.

As escolhas estatais são evidenciadas no orçamento público. A Constituição Federal de 1988 elencou um rol de artigos para o orçamento público devido à importância do tema. Nesses artigos fala sobre a necessidade de que as despesas realizadas pelo ente estatal sejam autorizadas antes de realizadas, como devem ser feitas, estabelece um Plano Plurianual, Leis de diretrizes Orçamentárias, além de Leis Orgânicas anuais que regem o orçamento público.

Posteriormente a presença em orçamento da previsão de receitas e a autorização de despesas, tem-se todo o processo de dispêndio financeiro por parte do Estado, através das licitações públicas. Para efetuar o pagamento necessita ser feito anteriormente o empenho e a liquidação.

Na ocasião em que o governo efetua seus gastos é necessário que ele conheça bem a estrutura de seu país, suas necessidades, no que a população é queixosa, elegendo dessa forma suas ações e traçando um limite de gastos para realizá-las. Não se pode esquecer de todas as

funções do orçamento, quais sejam: alocativa, distributiva e estabilizadora. Realiza a função alocativa quando oferece bens e serviços não oferecidos pelo particular, ou quando oferecidos, de maneira insuficiente. A função distributiva objetiva equalizar a sociedade em renda e riqueza. Por sua vez a estabilizadora permite que o orçamento sirva como um regulamentador na sociedade.

No quesito saúde pública, o orçamento desempenha sua função alocativa, *prima facie*, sendo possível dizer que realiza também a função distributiva, pois possibilita que pessoas em diferentes condições consigam ter as mesmas opções. Exemplifica-se com a criança que, embora pertença à família carente, o SUS através de suas farmácias básicas, suplementa a alimentação com vitamina “A”, diferença essa que mudará o campo visual desse indivíduo para toda sua vida, além de que crianças desnutridas aprendem menos. Importante lembrar que também é função do SUS a atenção a primeira infância. Realiza a função estabilizadora, pois cidadãos saudáveis podem trabalhar, melhorando o nível de emprego e diminuindo os gastos com a previdência.

O orçamento brasileiro é hoje confeccionado alicerçado na técnica orçamento-programa que enfatiza a necessidade de planejamento orçamentário. Esse planejamento, para que detenha a qualidade necessária, deve ser realizado pela junção de cinco aspectos: 1- indivíduo especialista na função planejar, que seja capaz; 2- Deve se utilizar um método claro e igual para todos os entes planejadores; 3- os objetivos delimitados pelo orçamento público devem ser os mesmo previstos no PPA e na LDO; 4- O meio para realização desses objetivos precisa ser claro, objetivo e sério e 5- O planejamento precisa estar definido no tempo, pois planejamento sem expectativa de prazos para alcançar os objetivos deixa de ser planejamento para virar utopia.

Percebe-se que o sistema de saúde brasileiro, desde suas origens, com a vinda da família real portuguesa ao território brasileiro, apresenta problemas. Iniciou-se com assistência a saúde fornecida apenas aos trabalhadores e, com a Constituição Federal de 1988, estendeu-se a todos os brasileiros.

A Carta Magna deixou para lei complementar fazer as adequações pertinentes as percentagens do orçamento da União destinadas aos serviços de saúde e, até os dias atuais, mesmo com a edição da Emenda Constitucional 29/2000 e a Lei Complementar 141/2012, resiste o impasse legislativo/político em fazer essa normatização.

Enquanto a União, que é o ente federativo que arrecada a maioria dos impostos, não trazer para si a responsabilidade pelo sistema de saúde nacional, em vez de apenas fixar

percentuais mínimos de investimento para estados e municípios, o problema da saúde se arrastará, acreditando que a ideia apresentada pelo movimento sanitarista de fixar 10 % dos recursos fiscais da União para a saúde ajudasse bastante um desenlace positivo para a problemática do financiamento.

O sistema de repasse de recursos feito pela União aos estados e municípios também necessita de revisão. São várias as formas de repasse, como o repasse per capita. Embora a lei complementar 141/2012 tenha revogado artigo referente ao repasse per capita, acredita-se ter sido tal revogação um retrocesso, pois o repasse deve ser feito per capita, não obrigando que os municípios e estados precisem aderir a programas de governo para poder receber os recursos a eles destinados. Tal sistemática inviabiliza toda a estrutura do SUS.

Outro fator importante quanto ao financiamento aparece no caso do repasse fixado pela produtividade, outro erro, pois o município e os estados deveriam ter o direito de alocar os recursos que não fossem utilizados em procedimentos/internamentos para realizar a medicina preventiva, que embora esteja previsto na legislação do SUS, é pouco executada na prática.

Todos esses pontos geram um subfinanciamento federal para saúde, o que não é o principal motivo para o SUS não ser executado como deveria, mas pode se afirmar que é um grande agente dificultador. O principal problema ainda está presente no baixo capital investido em saúde. Não saberia dizer de onde devem vir os recursos extras para serem aplicados na saúde, mas sem eles, o sistema está fadado ao mínimo, em vez de atingir todo o potencial de um sistema único em sua extensão e abrangência, com as características de integralidade, igualdade e gratuidade universais.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada na USP, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-23102006-144712/pt-br.php>>. Acesso em: 10/12/2012.

AIRTON, José. **PEC n. 152/2012**. Acrescenta inciso XII ao art. 167, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=975762&filename=PEC+152/2012>. Acesso em 15 de setembro de 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14 edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. O Serviço Público e as suas Crises. In: BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Renovar: São Paulo, 2007.

ARENDT, Hannah. **O que é política?** Editoria Ursula Ludz. Tradução Reinaldo Guarany. 9ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª edição. Malheiros, 2010.

BARROS, Maurício. **Orçamento e Discricionariedade**. In: CONTI, Maurício e SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva 2011.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 296.

_____. **Da Falta de Efetividade à Judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009.

BRASIL. **Projeto de Lei Orçamentária para o ano de 2013**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa2013/Volume_1.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

BRAZ, Petrônio. **Manual do Assessor Jurídico do Município. Teoria e Prática.** Campinas, SP: Servanda Editora, 2009. p. 1104.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário.** 3ª Ed.. São Paulo: Lejus, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica.** 2ª Ed. trad. Fernanda Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

_____. **A era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª. Coimbra: Almedina, 2008.

CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, G. I. de; SANTOS, L. **Sistema Único de Saúde: comentários à lei orgânica da saúde (lei 8080/90 e Lei nº 8.142/90).** 2ª Ed, atualizada e ampliada. São Paulo: HUCITEC, 1995.

CAMARGO, Enjolras José de Castro. **Estudo de Problemas Brasileiros.** Editora Atlas, São Paulo: 1986.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias e SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 19º ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995.

DALVI, Luciano. **Curso de Direito Constitucional.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.62 e 63.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 14ª ed. atual. e amp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Constituição e Governabilidade.** São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

FLEINER, Thomas. **O que são Direitos Humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade**. Rio de Janeiro: Graal, 2010.

GADELHA, Marcondes. **PEC 385/2005**. Acrescenta o art. 165-A à Constituição Federal, tornando obrigatória a execução dos créditos constantes da Lei Orçamentária Anual de emendas parlamentares. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=53D530D457F18F9801E1E15476DCD6E9.node1?codteor=294684&filename=PEC+385/2005>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Wandenkolk. **PEC n. 189/2012**. Acrescenta o inciso XII ao art. 167 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1001436&filename=PEC+189/2012>. Acesso em: 10 de novembro de 2012.

GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2012.

HABERMAS, Faktizität und Geltung *apud* MARTINS, Wal. **Direito à saúde: compêndio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 22.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica**. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/>. Acessado em 10 de novembro de 2012.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p.2233

IZAR, Ricardo. **PEC n. 201/2012**. Acrescentar o §9º ao art. 166 da Constituição Federal e o art. 96 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1014009&filename=PEC+201/2012>. Acesso em: 10/11/2012.

JUND, Sérgio. **AFO, Administração Financeira e Orçamentária: Teoria e 750 questões**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. **A Efetivação do Direito à Saúde – por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades**. In *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. v.6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **A Mudança do Paradigma Orçamentário: do Controle do Estado para a implementação de políticas públicas. A função da receita pública no Estado Democrático e Social de Direito**. In: CONTI, Maurício; SCAFF, Fernando Facury.

Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1049.

MACHADO JÚNIOR, José Teixeira. **A experiência brasileira em orçamento-programa – Uma primeira visão.** Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v.1, nº 1, p. 145-172, 1967.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Direito Tributário e Financeiro.** 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

MANDETTA, Luiz Henrique. PEC n. 20/2011. Acrescenta o §9º ao art. 166 da CF/88. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=865883&filename=PEC+20/2011>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

MARTINS, Wal. **Direito à saúde:** compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 21.

MARQUES, Rosa Maria. **SUS e Seguridade Social: em busca do Elo Perdido.** Saúde e Sociedade. V. 14, nº 2, maio-agosto de 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27ª edição, rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 04.02.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Marcos (org.). **Gasto Público Eficiente: 91 Propostas para o Desenvolvimento do Brasil.** Editora Topbooks. Rio de Janeiro: 2006.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª edição revisada e atualizada. Editora Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. **Suspensão de Tutela Antecipada 278-6 Alagoas.** Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA278.pdf>. Acesso em: 13 de novembro de 2010.

MENDES, Marcos (org.). **Gasto Público Eficiente: 91 Propostas para o Desenvolvimento do Brasil.** Editora Topbooks. Rio de Janeiro: 2006.

MENDONÇA, Eduardo. Alguns Pressupostos para um Orçamento Público conforme a Constituição. In: BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil.** Livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Renovar: São Paulo, 2007. p. 638.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 3º ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis.** São Paulo : Saraiva, 2000.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos,** p. 12. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/Publicações/Artigos/0504202JoseCasaltaAfaceocultadireitos01pdf>>. Acesso em: 13 de novembro de 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

NUNES, Antonio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. **Curso Expositivo de Direito Tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Gastos Públicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

OLSON, Mancur. **Distinguished lecture on Economics in government**. Big bills left on the sidewalk: Why come nations are rich, and others poor. *Journal of economic Perspectives*, v.10, nº 2, primavera 1996. *Apud* PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005-4ª reimpressão.

PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento Público, Administração Financeira e Orçamentária e Lei de Responsabilidade Fiscal**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito Financeiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional** – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra : Coimbra Editora, 1989.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio; NOBRE, Alexandre de Brito. A herança orçamentária da Constituição. In: **Ensaio sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade Brasileira**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais**: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

Portaria Conjunta STN/SOF nº 3, de 2008. **Manual de Receita Nacional: Aplicado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios / Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Orçamento Federal**. – 1. ed. – Brasília : Secretaria do Tesouro Nacional, Coordenação-Geral de Contabilidade, 2008. Disponível em: <http://www.sefaz.al.gov.br/legislacao/financeira/federal/MANUAL_REC_NACIONAL.pdf>. Acesso em: 10/09/2012.

PORTELA, Simone de Sá. **Considerações sobre o Conceito de Mínimo existencial**. Publicado em: 14/10/2007. Disponível em:

<<http://www.webartigos.com/articles/2400/1/Consideraccedilotildees-Sobre-O-Conceito-De-Miacutenimo-Existencial/pagina1.html#ixzz15yWFkyVY>>. Acesso em: 09/11/2010.

PORTO, Pedro Rui de Fontoura. **Direitos fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

POLIGNANO, Marcus Vinícius. **História das Políticas de Saúde no Brasil**. Disponível em: <<http://www.fag.edu.br/professores/yjamal/Epidemiologia%20e%20saude%20publica/Historia%20e%20estrutura%20SUS.pdf>>. Acesso em: 10/11/2012.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

REIS, Heraldo da Costa; MACHADO JÚNIOR, José Teixeira. **A lei 4.320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal**. 34ª Ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de Políticas Públicas: Uma Questão Orçamentária. In: CONTI, Maurício; SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. **Direito de Todos e para Todos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Ed. RT, 1972.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. v. 212 - abr./jun. 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Elementos de teoria geral do Estado comunitário**: uma análise jurídica do fenômeno agregacional humano e da formação da Comunidade Europeia e seus reflexos em face da noção de Estado. Campinas: Interlex, 2000

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2925/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28lei+or%E7amentaria+anual%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

SCHWARTZ, Gernano. **O tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SOUZA, Mauro Luís Silva. **A responsabilidade do Prefeito na concretização do direito Fundamental à saúde.** Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id536.htm>>. Acesso em: 18/11/2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10 edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Luciana da Silva. **Desafios para a Saúde 20 anos após a promulgação da Constituição Federal.** In: ARAÚJO, José Cordeiro de; PEREIRA JÚNIOR, José de Sena; PEREIRA, Lúcio Soares e RODRIGUES, Ricardo José Pereira (org.). **Ensaio sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade Brasileira.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2008. V.2. p. 857 e 858.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário.** 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

_____. **Os direitos humanos e a tributação.** Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 133.

TOMAZI, Nelson Dacio. **Sociologia.** Vol. único. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VECCHIO, Giorgio Del. **Teoria do Estado.** São Paulo: Editora, Saraiva, 1957.

VICCARI JUNIOR, Adauto; OSVALDO GLOCK, José; Herzmann, Nélio e TREMEL, Rosângela. In: CRUZ, Fábio da. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Adendo à 7ª Edição.