



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

PRICILA MACÁRIO BOLINA

**POLÍTICAS PÚBLICAS E OS DIREITOS SOCIAIS: RELAÇÃO
ENTRE A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO E A
EFETIVIDADE NO EXERCÍCIO DE DIREITOS DE 2ª GERAÇÃO**

Brasília
2016

PRICILA MACÁRIO BOLINA

**POLÍTICAS PÚBLICAS E OS DIREITOS SOCIAIS:
RELAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO E
A EFETIVIDADE NO EXERCÍCIO DE DIREITOS DE 2ª GERAÇÃO**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em MBA EM GESTÃO PÚBLICA.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Roger Pereira de Aguiar.

Brasília
2016

PRICILA MACÁRIO BOLINA

**POLÍTICAS PÚBLICAS E OS DIREITOS SOCIAIS: RELAÇÃO
ENTRE A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO E A
EFETIVIDADE NO EXERCÍCIO DE DIREITOS DE 2ª GERAÇÃO**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-graduação *Lato Sensu* MBA em
Gestão Pública.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Roger
Pereira de Aguiar.

Brasília, 28 de Setembro de 2016.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

Prof. Dr. André Gontijo

Dedico este trabalho a meus Pais- Ana e Rafael- amigos e mentores inigualáveis.

AGRADECIMENTO(S)

Expresso a minha gratidão a Deus por sua excelsa amizade, amor, parceria e generosidade, a minha família pelo amor e pelos exemplos em todos os aspectos da vida, a meus professores pela especial dedicação e interesse, aos colegas pela inspiração, aos amigos por compreenderem minhas ausências e apoiarem minhas iniciativas; em especial minhas amigas do trabalho (“ Da Salinha”) pelos debates informais, intercâmbio de ideias, interação de áreas do conhecimento e pela amizade que amenizaram os desafios do caminho, ao UniCEUB minha casa desde sempre; em especial aos funcionários da Biblioteca pela extrema cordialidade e presteza no auxílio das pesquisas.

Em primeiro lugar é preciso levar em consideração que as políticas públicas no Direito pátrio têm fundamento no direito objetivo, ou seja, na própria lei, sobretudo, nas normas de status constitucional que fornecem a “moldura” da qual emanam todos os direitos e garantias da população consideradas fundamentais, dentro de uma concepção de Constituição- Quadro.

Pedro Thomé de Arruda Neto.

RESUMO

Este trabalho destina-se a estabelecer reflexões a respeito da importância da atuação do Gestor Público para o desenvolvimento da sociedade; não como um mero ator público; mas sim como um exequente de um dever jurídico legalmente estabelecido que deve ter por escopo atender aos ditames da Constituição Federal. Destina-se o mister, inclusive, a valorar as políticas públicas não como meras metas governamentais; e sim como elementos que se constituem no meio viabilizador do exercício de direitos da sociedade, sendo demasiado pernicioso a omissão ou a procrastinação em criar, desenvolver e implantar as políticas públicas que deem vida a direitos e possibilitem seu exercício. Para tanto, explica como se forma uma política pública na visão da doutrina brasileira explicitando quais são as etapas deste processo; visa também evidenciar a estreita relação existente entre o ramo do Direito e o ramo das Políticas Públicas. Oferece também ponderações sobre a relação entre os Direitos Sociais, dispostos na Constituição Federal, Artigo 6º, e sobre como as políticas públicas podem transformar a realidade social pelas mãos da iniciativa dos gestores públicos. Neste contexto, analisa-se também que fatores podem impedir o bom desenvolvimento das atividades de gestão, aqueles fatores que excedem a ausência de recursos, fatores humanos que fazem com que as políticas não funcionem. Com o objetivo de tornar prático o exame, abordaram-se os direitos sociais como exemplo de uma modalidade de direitos que devem ser proporcionados de forma imediata, dentro do possível, pelos gestores em nome do Estado e que caso sejam negligenciados pode este ato representar não só a violação de direitos em si como também a paralisia social e no caso da saúde desaguar em resultados práticos catastróficos como, por exemplo, mortes, agravamento da saúde de pacientes, desatendimento de direitos universais previstos para o Sistema Único de Saúde sucateamento de recursos, perdas, dentre outros aspectos. Por fim, o trabalho exhibe sugestões a partir da análise doutrinária e simultaneamente da análise de vivência prática no âmbito da saúde de como se pode proteger o direito à saúde, tal como direito social constitucionalmente previsto.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Gestor Público. Constituição Federal. Metas Governamentais. Políticas Públicas

ABSTRACT

This work is intended to establish reflections about the importance of the role of the Public Manager for the development of society; not as a mere public actor; but as a judgment creditor of a legally established legal duty it shall aim to meet the dictates of the Constitution. Intended, mister, including valuing public policies not as mere government targets; but as elements that are in the middle enabler of the exercise of rights of society, being too pernicious omission or procrastination to create, develop and implement public policies that give life the rights and allow your exercise. Therefore, it explains how to shape public policy in the Brazilian doctrine view explaining what are the stages of this process; also aims to highlight the close relationship between the branch of law and the branch of Public Policy.

It also provides considerations on the relationship between social rights, willing to Federal Constitution, Article 6, and how public policy can transform the social reality in the hands of the initiative of public officials. In this context, it also analyzes factors that can prevent the proper development of management activities, those factors that exceed the lack of resources, human factors that make the policies do not work.

In order to make practical examination, addressed to social rights as an example of a type of rights that must be provided immediately to the extent possible, by the managers on behalf of the State and which, if neglected can this act represent not only the violation of rights itself but also social paralysis and in the case of health dewater in catastrophic practical outcomes such as death, worsening health of patients, rejection of provided universal rights for the health System scrappage resources, losses, among other aspects. Finally, the work displays suggestions from doctrinal analysis and simultaneous analysis of practical experiences in the health of how to protect the right to health, as constitutionally provided social right.

Key words: Social Rights. Public Manager. Federal Constitution. Government Targets. Public Policy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	09
1 POLÍTICAS PÚBLICAS -----	12
1.1 Conceito à Luz do Direito-----	13
1.2 Produção e Funcionamento das Políticas -----	17
1.2.1 Ciclo de uma política pública -----	20
2 EFETIVAÇÃO DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS SOCIAIS -----	22
2.1 Direitos Sociais e sua relação com as Políticas Públicas-----	25
2.2 Impeditivos à materialização das aspirações do Constituinte ---	28
.3 CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE TAL COMO DIREITO SOCIAL--	33
.3.1 Infringências ao Direito à Saúde apesar das políticas vigentes -----	36
3.2 Mecanismos facilitadores da efetivação do Direito à Saúde-----	40
CONCLUSÃO -----	43
REFERÊNCIAS -----	45

INTRODUÇÃO

Decerto, as Políticas Públicas deveriam exprimir a materialização dos Direitos da Sociedade, idealizados pelo Constituinte Originário. No entanto, a despeito do empenho de alguma parcela dos agentes políticos na materialização deste anelo, o que se verifica no Brasil é a violação sucessiva de direitos sociais pela omissão do Estado em cumprir satisfatoriamente as metas em implantação e desenvolvimento de políticas públicas que tornem exercíveis os direitos do cidadão.

A pesquisa tem como escopo estabelecer reflexões acerca dos fatores que induzem o Estado e seus agentes a não cumprirem ou a deixarem de estabelecer políticas públicas de clamor e representatividade sociais; igualmente objetiva facilitar a compreensão dos processos intrínsecos ao papel Estatal na efetivação de políticas evidenciando-o como provedor do bem estar social e ao mesmo tempo assinalando a responsabilidade do Gestor Público frente a esta espécie de demanda.

Os objetivos do presente trabalho são: demonstrar a indissociável relação entre Direito e Políticas Públicas, evidenciar a reponsabilidade do Gestor Público na efetivação e exercício dos direitos sociais pelo cidadão, demonstrar os entraves que podem vir a impedir a consolidação dos direitos mencionados, demonstrar os danos sociais decorrentes da omissão na implementação de políticas públicas, exemplificar lesões aos direitos sociais evidenciando exemplos concentrados no exercício ou impedimento de exercício do direito à saúde, por natureza direito social.

Para alcançar esses objetivos, o método utilizado foi o da pesquisa científica em doutrina de autores que debatem temas correlacionados ao trabalho, quais sejam: Direito das Políticas Públicas, Direito Constitucional, Direito Sanitário, Estudo das Políticas Públicas, Direito Administrativo, Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil, dentre outros. Foi utilizada também a leitura de artigos constantes dos Repositórios da Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília a título de inspiração para a delimitação da pesquisa. Por fim, utilizou-se as pesquisa de artigos publicados na internet relativos aos temas de realce.

O presente trabalho foi então estruturado em 3 capítulos.

No primeiro capítulo, apresentam-se: a) as relações entre o ramo das Políticas Públicas e o do Direito que ao se tangenciarem evidenciam sua interdependência; b) a formação e desenvolvimento das políticas públicas de modo geral, sobre como se formam no Brasil, interação de atores e importância do olhar do Gestor Público na direção deste processo; c) responsabilização do Gestor ou accountability dentre outros aspectos. O segundo capítulo intenta aproximar a realidade das Políticas Públicas de sua obrigatoriedade de concretização, utilizando-se para isto, da análise da efetividade, como baliza para a atuação do Gestor Público, uma vez que este princípio traduz a catedral das normas constitucionais. O terceiro capítulo é destinado à análise do conceito de Direitos Sociais, tais como Direitos de Segunda Geração; e em especial ao exame do Direito à Saúde, sua conceituação e também caracterização. Nesse contexto, objetiva-se demonstrar que apesar de previsto constitucionalmente, é infringindo reiteradas vezes pela atuação defectiva do Estado; ainda que existam Políticas Públicas, acolhidas constitucional e infraconstitucional a pretexto de defender este direito; ainda neste capítulo objetiva-se ressaltar formas ou exemplos de Políticas Públicas nesta seara que demonstrem alguma consolidação deste Direito na realidade do cidadão.

Nenhum dos capítulos tem a pretensão de analisar o controle jurisdicional das políticas públicas, apesar de ser tema conexo. Pretende-se, isto sim, examinar e meditar questões prévias à intervenção do Poder Judiciário no desenvolvimento e consubstanciação das Políticas Públicas no cenário brasileiro.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS

Visando cumprir os objetivos a que este trabalho se propõe é primordial ressaltar quais são os conceitos de políticas públicas que se conectam a uma análise do tema a partir de viés jurídico; exatamente por se tratarem as iniciativas públicas -em busca do cumprimento de metas políticas que estabeleçam o bem estar social e a consolidação do exercício de direitos- de um dever jurídico e condição de existir do Gestor Público. Não basta, portanto, prever as necessidades populacionais a partir de intuição ou de uma mera experimentação; mais do que isto: é primordial a consciência do Estado- na pessoa de seus gestores públicos- a respeito do fato de que o cumprimento e viabilização das metas estatais exteriorizadas em políticas públicas não devem ser etéreos e sim uma realidade palpável inerente ao papel público em atenção aos ditames constitucionais previstos.

A preocupação em situar as políticas públicas como uma irrenunciável contrapartida governamental à confiança social depositada nos representantes do Estado deve ser um leme que norteia a conquista da evolução coletiva e, sobretudo, o alcance das diretrizes vislumbradas pelo Constituinte Originário.

Por isto, torna-se condição para a análise, imposição, desenvolvimento e aplicação das políticas públicas, considerar o efeito de como repercutem as ações e a tomada de decisões públicas na elaboração das políticas bem como sobre o conseqüente exercício efetivo de direitos do cidadão, em especial, seus direitos sociais.

É válido lembrar que existem limitações que se interpõem entre o afã do Gestor Público de realizar as metas públicas e o conseqüente exercício de direitos e promoção das garantias sociais. No entanto, ainda sim é necessária a estruturação do modo de agir do Estado para tornar factível o exercício dos direitos do cidadão.

Deve-se ter em conta também que as devolutivas públicas se constituem em condição *sine qua non* para o desempenho de cargos de gestão; sob pena de invalidação da representatividade dos agentes públicos e também do perecimento de prerrogativas do cidadão.

A seguir, verificar-se-á o debate acerca das questões que envolvem Direito e Políticas Públicas com respaldo da doutrina brasileira.

1.1 Conceito à Luz do Direito

Considerando que os ramos do conhecimento de Direito e de Gestão Pública são indissociáveis do ponto de vista da análise do desempenho público do Gestor, limites para a sua atuação e obrigatoriedade de devolutivas públicas é interessante conhecer os conceitos da melhor doutrina.

Na Obra *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, ao avaliar este conceito afirmam Grinover e Watanabe (2013, p. 184 e185):

As políticas públicas são instrumentos de ação dos governos- o government by policies que desenvolve e aprimora o government by law. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social- é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização de governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução em relação à ideia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao government by men, anterior ao constitucionalismo. E é por isso que se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas.

A partir desta assertiva doutrinária, infere-se que o poder de coação estatal deve funcionar também para o próprio Estado (entenda-se para seus representantes) no sentido da cobrança da efetivação das políticas; desconstruindo-se a ideia de previsões legais são congeladas, estáticas e irrealizáveis. É preciso, de fato, consolidar as expectativas humanas visando à promoção da coesão social-conforme supramencionado pelos autores.

Outro elemento de realce apresentado por Grinover e Watanabe (2013, p.185) é o seguinte:

“Não é uma tarefa simples a de precisar um conceito de políticas públicas, mas, de um modo geral, a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado Democrático de Direito. Como destaca Eros Grau:” A expressão política pública designa atuação do Estado desde que a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade (...). A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.

Depreende-se do exposto que as políticas públicas devem significar verdadeiras mudanças na vida da sociedade que simbolizem o viver democrático e não meros horizontes nunca alcançáveis.

Outra análise que exprime também o importante papel do gestor público na consolidação da expectativa social é a do doutrinador Arruda Neto (2015, p. 65):

Patente que ao gestor público é quem cabe ab initio a execução da política pública prevista em lei e, nesse sentido, é a ele quem incumbe a prática de atos encadeados para a realização estratégica da mesma por meio da implementação e decorrente prestação de serviços que, ao menos por mandamento exposto na Constituição, incumbe a efetivação dos direitos sociais que, por sua vez, dependem de forma direta da realização eficiente e eficaz das políticas públicas. Por isso, na abordagem desta obra a compreensão da Política, apenas do plano do Poder Legislativo, refoge ao objetivo central que é o de inter-relacionar Política dentro da ótica da Ciência da Administração e do Direito [...]

Ao refletirmos sobre o fato do papel do Estado, no que se refere à elaboração e formulação de políticas públicas, não poder ser algo mecânico nos deparamos com o conceito evidenciado por Bucci (2015, p.39):

As Políticas Públicas consistem em quadros de ação governamental, arranjos institucionais que expressem o Estado em movimento. Isso se coloca em contraste, do ponto de vista analítico, com as estruturas estatais que apenas repetem rotinas, produzindo atos concretos.

Considerar os ramos do Direito e das Políticas Públicas algo indissociável remete a ideia de que não só a elaboração das políticas deve estar em consonância com a Lei, mas também em consonância com a conquista do bem estar social. Sobre isto nos ensina Arruda Neto (2015, P.64):

O chamado neoconstitucionalismo (e o neoprocessualismo) traz(em) para o palco da discussão essa aproximação entre direito e política na medida da superação do paradigma da validade meramente formal do Direito, ou seja, aquele em que ao Estado incumbe tão somente a observância ao processo legislativo para que a lei venha a ser a expressão jurídica por excelência. Como bem aponta Eduardo Cambi (2011, p.37) o Direito deve ser entendido dentro das relações de poder, sendo intolerável que em nome da mens legislatoris tudo o que o Estado faça seja considerado legítimo.

(...) Há, ademais, uma nítida aproximação entre Política e Direito, ou mesmo entre o sistema jurídico e a função de poder político convertido ao Poder Judiciário. Isto se deve a uma "interpenetração de sistemas" exteriorizada por meio do acoplamento, como na concepção de Niklas Luhmann (1985), para quem a função do Direito é a de promover a generalização congruente de expectativas e a tutela dos direitos sociais pelo sistema jurídico- ou seja, por meio do "processo" elemento redutor da complexidade social(...)

Os ensinamentos do autor remetem à clara ideia de que para que funcionem as políticas públicas deve existir um controle para que prosperem e se efetivem; por isto a estreita relação da matéria com o Direito. A este respeito, reitera ainda Arruda Neto (2015 p.90):

De qualquer sorte, o controle, além de se constituir como função inerente à atividade administrativa, é necessidade da democracia, pois importa conformação do seu exercício ao desenho delineado pela Constituição Federal, moldura legal da qual emergem os direitos e deveres fundamentais em um Estado Democrático e de Direito.

As políticas públicas, particularmente, por sua importância social devem ser controladas e, para tanto, continuamente monitoradas e avaliadas, para que delas se extraia a efetiva garantia dos direitos consagrados. Devem ser percebidas não só sob a ótica da prestação do serviço, mas tendo como parâmetro a qualidade e a eficiência desta prestação, e estas devem ser maximizadas para que se possa atenuar a desigualdade, fomentar o progresso e instalar a paz social.

Um complementar conceito que ilustra de forma nítida a relação entre o olhar atento do gestor, a obrigatoriedade de sua atuação e o oferecimento de contrapartidas sociais bem como a ligação entre direito e políticas é o conceito apresentado por Oliveira e Trescastro Borges (2012, p. 81):

No campo de estudo das políticas públicas, uma das principais preocupações da ciência política tem sido a de revelar os mecanismos mediante os quais os "problemas sociais" transformam-se em "problemas políticos" que demandam processos decisórios e a proposição de políticas públicas por parte das autoridades governamentais. Trata-se de uma concepção processual de política pública, cujo instrumental metodológico detém-se na análise da trajetória das questões sociais, ou seja, na análise de relações sociais que vai se formando em torno da sua problematização social, da sua institucionalização política e do seu desaparecimento da agenda de questões políticas. Por isso, examinar uma política pública implica, metodologicamente, investigar as diferentes fases de sua formação, envolvendo o contexto de surgimento da questão social, a sua transformação num problema político, a formulação da política propriamente dita, a sua implementação e os resultados sociais alcançados.

Fica demonstrada, pois, a necessidade que o Estado possui não só de identificar as demandas, mas também de organizar uma agenda de cumprimento das requisições sociais para que elas deixem de representar problemas e passem a ser melhorias que evidenciem desenvolvimento.

Um outro conceito que explicita a representatividade das políticas públicas para o referido desenvolvimento social, encontra-se descrito por Arruda Neto (2015,p.146):

Enxerga-se na política pública o veículo para a concretização dos direitos civis fundamentais, especialmente aqueles classificados em doutrina como pertencendo a uma segunda geração de direitos. (...) Por isso, tanto para os estudiosos da Administração Pública quanto para aqueles que se dedicam ao estudo do Direito, a concretização das promessas políticas e

sua realização ótima são temas de indiscutível relevância. A preocupação aqui, portanto, é quanto ao trato judicial e principalmente, *extrajudicial* do tema, uma vez que envolve um processo decisório complexo (...).

A colocação do autor reforça o objetivo deste trabalho que é o de analisar principalmente o trato extrajudicial da temática políticas públicas, sem prejuízo de mencionar aspectos jurídicos relevantes para a abordagem.

1.2 Produção e Funcionamento das Políticas Públicas

No processo de formação de uma política pública, além da etapa necessária de estabelecimento das bases conceituais que permeiem a estruturação deste instituto, é oportuno refletir sobre o fato de que se por um lado a sociedade vive em conflito tentando mitigar o alcance de suas necessidades e anseios, de forma análoga experimenta o Estado a mesma necessidade de transação.

Neste contexto, nos ensinam Oliveira e Trescastro Borges (2012, p.84):

Nesse sentido, pode-se dizer que as políticas públicas são ações governamentais que buscam resolver os problemas que a sociedade civil- pela sua própria natureza contraditória, conflitiva, egoísta, individualista e privada- não consegue. Problemas que são inerentes à própria lógica conflitiva das necessidades, dos interesses, das ideologias, dos desejos e das aspirações de indivíduos, grupos, classes, e instituições da sociedade civil e que, ao mesmo tempo, formam e/ou constituem suas distintas identidades, sejam elas individuais, classistas, sejam políticas e ideológicas. Essa diferentes identidades e interesses conflitivos se manifestam empiricamente em lutas sociais ideológicas e religiosas (étnicas, de gênero, sindicais, comunitárias, partidárias) e também em demandas, conflitos de interesses e lutas políticas no interior do Estado.

Outro aspecto que se pode definir como primordial para a concepção e desenvolvimento de uma política pública é a necessidade que o problema traçado como tal tenha relevância social, que seja abrangente e que seja significativo para o melhoramento das condições de vida dos envolvidos. Deve existir também uma coalizão de forças que demonstre este interesse coletivo; reunião esta que pode advir tanto do próprio governo, quanto da própria sociedade ou ainda via colaboradores no contexto do que se chama “jogo social”. Sobre isto nos ensina Queiroz (2012, p.116):

Assim vemos o processo de formação das políticas públicas como um jogo social entre atores que interagem em situações formais e informais. Alguns atores, como os partidos políticos, o chefe do Poder Executivo, os ministros e os secretários, os parlamentares e os funcionários públicos são

FORMAIS: seus papéis e suas funções no processo estão claramente estabelecidos na Constituição. Outros atores, com movimentos sociais, empresas e meios de comunicação SÃO INFORMAIS: não tem papel ou função formal no processo, mas podem se mostrar, em determinadas situações, como agentes poderosos ou mesmo determinantes nos processos de formação e de definição das políticas públicas, ao fazerem valer o seu poder de convencimento e/ ou de pressão política sobre os decisores. (grifos do autor)

Reflexões interessantes podem ser apreendidas dos aspectos ressaltados por Queiroz (2012) que, ao sobrelevar a formação das políticas públicas tal como um jogo, deixa evidente o caráter produtor do embate de forças entre agentes formais e informais cujo confronto induz ao acontecimento das medidas políticas numa espécie de resultado de enfrentamento : por um lado atores instituídos cumprindo os desígnios da Constituição Federal(pelo menos em tese) e simultaneamente premidos pelas punições concernentes a sua omissão ou a ineficiência de atuação(em tese, novamente) ; e por outro a coadjuvante sociedade desempenhando o papel de credora da realização dos desígnios públicos. Interessante perceber que mesmo quando se trata de atores informais, como denomina o autor, existe uma força significativa de influência para a pressão na consolidação das políticas. Por isto, conclui-se que quanto mais preparada a sociedade para entender e compreender seu papel no diapasão democrático, maiores serão os ganhos no desempenho de direitos e melhora do bem estar social.

Ainda sobre a importância da interação democrática entre atores formais e informais no processo de formação de uma política pública e as decorrentes relações de poder, assinala Queiroz (2012, p.117):

Para que um problema social ou uma demanda da sociedade passe a ser objeto de atenção de uma política e seja inserido na agenda de prioridades de um determinado governo ou instituição que fomente políticas públicas é necessário que tenha importância social e que os atores nela interessados tenham um poder de barganha suficiente para isso.

Sobre este aspecto da priorização que deve ser estabelecida em termos de gestão pública bem como a definição de estratégia que o processo implica complementa Bucci (2015, p.162):

A formulação da política, com a eleição das prioridades, a indicação dos recursos, a definição do foco de beneficiários, bem como o seu horizonte temporal, são prerrogativas precípuas do governo, cuja legitimidade se funda no processo eleitoral. Há situações em que a legitimação geral do governo, conferida pelas eleições, embute um consenso capaz de

fundamentar medidas adotadas unilateralmente, seja em razão do tempo, seja da eficácia de tais medidas. Essa legitimação pode ser confirmada ou renovada em oportunidades diversas, pela interação com a sociedade, o que ocorre, por exemplo, por meio da imprensa, quando o governante ou gestor público presta conta de suas decisões.

Ao meditar sobre a colocação da autora, deduz-se que a tomada de decisão na direção das medidas em políticas públicas não pode ser parte de um plano meramente eleitoreiro. Mais do que isto: integra o processo eleitoral, mas com fulcro no objetivo de oferecer o bem estar social e a legitimação governamental. Tamanhas cobranças na direção da gestão públicas nos remetem ao conceito de *accountability* que nada mais é do que a responsabilização do gestor público por falhas em sua atuação sendo, evidentemente, um fator que corrobora na concreção do desiderato público.

Sobre o tópico nos aconselha Bucci (2015, 163):

Há um movimento no sentido da responsabilização administrativa, que se expressa nas diretrizes de *accountability*, eficácia, gestão por resultados e similares, representando uma perturbação na segmentação weberiana estrita entre direção e execução das políticas públicas. Quem executa passa também a ser demandado tanto pelos resultados como pelas medidas intermediárias que conduzem a eles ou não. Essa “responsabilização político- administrativa” evidentemente não se confunde como aparelhamento da máquina pública com base em critérios político-partidários, que representa o velho paradigma patrimonialista da gestão pessoal dos meios públicos, a politização no sentido vulgar, que as democracias maduras superaram há cerca de um século, mas que persiste nos sistemas mais atrasados.

Outra compreensão sobre a responsabilidade do gestor que define a *accountability* é a que nos apresenta Machado (2007, p.146 apud Arruda Neto, 2015, p.171):

No sentido lato o princípio da *accountability* compreende subprincípios dentre os quais se incluem os princípios/ institutos da prestação de contas pelo administrador da res publica, da responsabilidade, da imputabilidade e do sufrágio universal. Este último representa hipótese de *accountability* vertical (ou transparência vertical), no sentido de que é exercido pelos eleitores, por meio do voto e diverge, no plano ontológico da *accountability* horizontal (ou transparência horizontal) que se refere ao poder das agências estatais de punir desvios de atores estatais .

A distinção agregada pelo autor quando se trata do *accountability* quando se refere ao “ poder das agências estatais de punir desvios de atores estatais” vai exatamente de encontro ao objeto deste estudo que é , dentre outros, de enfatizar a importância do monitoramento da gestão.

1.2.1 CICLO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA

Se por um lado o Gestor Público necessita ser um bom observador da realidade circundante, por outro, precisa estar seguro de um tecnicismo que envolva a análise da realidade com iniciativas que respeitem não só os direitos envolvidos na consolidação das políticas bem como com a observância das normas jurídicas que determinam este processo. Esta medida decisória visa estabelecer o ciclo de políticas públicas até a sua realização no mundo material para produção dos efeitos sociais desejáveis.

Vejamos o que nos ensina Queiroz (2012, p.117) a este respeito:

A gestão pública de políticas públicas, por sua vez, envolve a administração dos procedimentos jurídico- legais e técnico políticos, bem como dos interesses sociais e políticos conflitivos em jogo numa determinada conjuntura política e econômica para criar condições econômicas capazes de assegurar as condições essenciais à reprodução da sociedade e do Estado capitalista: a valorização do capital privado e a reprodução da força de trabalho.

Nesta passagem o autor nos assinala outro aspecto fundamental concernente ao universo de consolidação das políticas públicas: a viabilidade econômica. Mesmo não sendo o propósito deste trabalho pormenorizar as questões orçamentárias e financeiras que estão envolvidas no cenário em estudo, deve-se ter em conta que o fator econômico é decisivo na reunião das condições para estabelecer mudanças no status social, como por exemplo nas possibilidades de vivenciar de forma mais equânime o direito à saúde exemplo escolhido para o enfoque deste trabalho.

Ao pensar sobre como se estrutura o ciclo de formação de uma política pública é relevante considerar que esse ciclo deve constituir um encadeamento de solução de problemas, algo gradual, até que ela se exteriorize; o que na realidade brasileira “é inerente ao Planejamento Estratégico Situacional –PES- que está intrínseco ao modelo brasileiro de gestão das políticas governamentais”, segundo o que orienta Queiroz (2012).

Sobre o processo de desenvolvimento no ciclo de políticas públicas nos ensina Queiroz (2012, p.118):

Essa ideia de processo, inerente ao método do Planejamento Estratégico Situacional (PES), está incorporado ao modelo brasileiro de formulação e gestão das políticas governamentais por meio do instrumento do Plano Plurianual (PPA, Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), os quais possibilitam que os programas governamentais possam ser geridos na forma de um ciclo permanente.

Uma divisão desse ciclo é feita com base no modelo brasileiro de planejamento, orçamento e gestão em quatro fases, quais sejam: formulação, execução, avaliação e reprogramação.

Uma política pública é primeiramente concebida no âmbito de um processo deliberatório pelos tomadores de decisão, que pode ser mais ou menos democrático e participativo em função do grau de envolvimento da população que for incorporada à sua prática. Essa fase, de formulação ou planejamento, geralmente compreende tarefas como pesquisa e análise do problema em questão, construção de cenários prospectivos, definição de metas físicas e financeiras etc.

Depois de formulada e aprovada, a política é implementada pelos órgãos e /ou pelos mecanismos existentes ou criados para tal finalidade.

A etapa seguinte é a avaliação da política, quando as metas previstas para os produtos (bens e serviços) que serão gerados pelas ações do programa são comparadas com as obtidas até o momento da avaliação e quando o grau com que o objetivo do programa foi atingido é comparado com o grau inicialmente estabelecido.

A etapa final desse ciclo é a reprogramação quando são realizados ajustes e correções para levar o sistema a se aproximar de cenários ou dos objetos desejado. Esse conjunto de etapas constitui o CICLO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA.

Fica clara na exposição do autor a gradação de fases que envolvem a criação de uma política pública. O que talvez se veja pouco na prática é materialização da fase final apontada pelo autor que é a reprogramação; uma espécie de subsunção da norma às necessidades da vida social. Se assim, quiçá pudéssemos ter uma ampliação da efetividade das políticas.

2 EFETIVAÇÃO DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS SOCIAIS VIA POLÍTICAS PÚBLICAS

Ao considerar as políticas públicas tal como instrumento de realização de direitos na vida prática da sociedade e ao destacar os de caráter social para este exame, um questionamento surge: como efetivar o exercício dos direitos sociais a partir deste mecanismo?

Lehfeld (2013) ao abordar o concretismo judicial com vistas ao cumprimento de direitos fundamentais faz refletir sobre o papel importante que a pressão do Poder Judiciário exerce sobre o gestor público para que não exista omissão no desempenho de seu papel e conseqüentemente na prestação das garantias previstas constitucionalmente.

Tais convicções remetem à análise da efetividade das normas constitucionais e do caráter imperativo que encerram- tema que se conecta diretamente com a efetivação dos direitos via políticas públicas. Acerca do tema nos ensina Barroso (1999, p.241-242):

Embora resulte de um impulso político que deflagra o poder constituinte originário, a Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico, é um sistema de normas. As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, uma força jurídica, e não apenas moral de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais não apenas são normas jurídicas, como também tem um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade, que longamente campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico.

(...) Efetividade, já avergamos em outro estudo, designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ela simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado. É a luz deste conceito básico de efetividade que desenvolvem as ideias que seguem.

As ponderações do autor supramencionado reverberam no sentido de fazer recordar que políticas públicas são, ademais, derivadas do poder político dos agentes estatais; que por sua vez tem sua repartição condicionada pela Constituição Federal sendo, portanto plausível conceber o estreito vínculo entre os mencionados

ramos do conhecimento. Refere literalmente Barroso (1999) que “as normas constitucionais de organização traçam a estrutura do Estado, cuidando, essencialmente, da repartição do poder político e da definição de competência de órgãos públicos”.

A partir do exame, observa-se que a Constituição Federal se constitui na diretriz primeira da atuação pública no que diz respeito ao exercício das funções públicas que visem gerar políticas e substancializar as mudanças sociais. Neste sentido, complementa sobre as normas realizadoras o autor Barroso (1999, p. 243):

As normas constitucionais definidoras de direitos são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado no poder de exigir do Estado- ou de outro eventual destinatário da norma- prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nela consagrados. Nesta categoria se incluem todas as normas concernentes aos direitos individuais, coletivos, políticos e sociais previstos na Constituição.

A pesquisa e conseqüentes reflexões dela advindas reportam à necessidade de constatar se os direitos sociais seriam mesmo direitos subjetivos e não meras previsões jurídicas que afastariam o gestor público da necessidade de concretização. Vejamos o que assinala Barroso (1999, P.243) sobre o tema:

Por direito subjetivo entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse. Singularizam o direito subjetivo, distinguindo-o de outras posições, a presença, cumulada, das seguintes características: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é violável, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição- para exigir-lhe o cumprimento, deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado.

Nesta conformidade, das normas constitucionais que geram direitos subjetivos resultam para seus beneficiários- os titulares dos direitos- situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, efetivadas por prestações positivas e negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma, inclusive por via de ação judicial, quando não entregues espontaneamente.

Confirmados então os direitos sociais como pertencentes à classe dos direitos subjetivos- portanto alvo de realização- infere-se que a gestão pública deve sim estar voltada para a consumação de direitos passíveis de instituição por políticas públicas; o que significa, por parte do Estado, a assunção de verdadeiros compromissos públicos derivados da tomada de decisões no contexto de um processo decisório irrenunciável apesar dos riscos e ônus públicos que eventualmente tenham que ser contraídos. A respeito do tema orienta Bucci (2015 p.159):

Considerando a importância do processo para a formação da vontade do Poder Público, nele deve exercitar-se também num balanço dos riscos subjacentes à decisão, combinado com formas de participação adequadas. A avaliação do risco como categoria no processo decisório é pertinente, tendo em vista que o cenário decisório é caracterizado pela incerteza; as variáveis não são simples ou inteiramente controláveis pelo gestor público, o que é bem ilustrado pelas questões ambientais, de saúde coletiva, urbanísticas e outras (...).

Bucci (2015) apresenta a imprevisibilidade como um elemento que consta do cenário de atuação do gestor público inclusive na coordenação de recursos e avaliação de riscos.

Compreenda-se que ainda que a dificuldade permeie o processo decisório, não deve ser desculpa para a inação estatal; sobe pena de condenar a coletividade a um retrocesso social- incompatível com o plano constitucional.

2.1 Direitos Sociais e sua relação com as Políticas Públicas

Antes de abordar o conceito de direito social é de essencial relevância para o presente estudo recordar o rol constitucional que os exemplifica. Vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição.

Segundo o ensinamento de Paulo e Alexandrino (2012, p. 243) conceitua-se o tema:

Os direitos sociais constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.

Nesta passagem, os ensinamentos do autor reforçam um dos pensamentos preponderantes na abordagem desta composição que é justamente a representatividade dos direitos sociais como fator de melhoria para a vida da população. Este aspecto corrobora a necessidade não só da previsão legal dos direitos sociais mais da sua factibilidade, celeuma que em si revela o que o autor nomina de “problemática da concretização”. Detalhando a temática, consideram Paulo e Alexandrino (2012, p.251):

“Os direitos sociais, por exigirem disponibilidade financeira do Estado para sua efetiva concretização, estão sujeitos à denominada cláusula de “reserva do financeiramente possível” ou simplesmente “reserva do possível”.

Esta cláusula ou princípio implícito tem como consequência o reconhecimento de que os direitos sociais assegurados na Constituição devem sim, ser efetivados pelo Poder Público, mas na medida exata em que isso seja possível. É importante entender que esse princípio não significa um “salvo conduto” para o Estado deixar de cumprir suas obrigações sob uma alegação genérica de que “ não existem recursos suficientes”. A não efetivação, ou efetivação apenas parcial, de direitos constitucionalmente assegurados somente se justifica se, em cada caso, for possível demonstrar a impossibilidade financeira ou econômica de sua concretização pelo Estado.

Os autores Paulo e Alexandrino (2012, p. 252) também oferecem destaque ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, vejamos:

Não obstante, o STF tem reiterado em seus julgados que o caráter programático das normas sociais inscritas no texto da Carta Política não autoriza o Poder Público a invocar de forma irresponsável a “reserva do possível”, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade. Assim, a cláusula da “reserva do possível” não pode ser invocada levemente pelo Estado com o intuito de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, salvo quando possa ser objetivamente demonstrado que existe disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, ou que falta razoabilidade à pretensão individual ou coletiva deduzida em face do Poder Público.

(...) Nas palavras do Ministro Celso de Mello, “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica disponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República, e o Poder Público deve garantir, aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência hospitalar”.

Na mesma linha de exposição da visão da Suprema Corte, reitera:

A verdade é que o Supremo Tribunal Federal confere tamanha relevância ao desiderato constitucional de tornar efetivos os direitos sociais fundamentais que, em inúmeros casos, tem determinado até mesmo o bloqueio de verbas públicas do ente federado, em favor de pessoas suficientes, a fim de lhes assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos, como corolário dos direitos à saúde e à vida.

Das considerações acima pode decorrer uma indagação acerca da concretização dos direitos sociais na prática: de que forma o Estado (ou quaisquer dos Poderes que o representem) deve se posicionar frente às exigências de atendimento à expectativa populacional mitigando-a com suas possibilidades de realizá-la? Interessante alternativa nos apresenta Paulo e Alexandrino (2012, p. 253):

(...) Nessas situações, afirma-se que o Judiciário enfrenta as chamadas **escolhas trágicas** (*tragic choices*), expressão empregada como escopo de traduzir a tensão dialética existente entre o desejo de atender um pedido de concretização de um direito social (muitas vezes, de alto custo), de pedido de um lado , e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação racional dos seus escassos recursos financeiros do outro.

Ao expor acima a necessidade de capacidade eletiva do Estado no encaminhamento da concretização de Direitos Sociais e a concomitante necessidade de dinamismo realizador Paulo e Alexandrino (2012, p.254) destacam alguns trechos de julgados da Suprema Corte cujos elementos reafirmam a tese abordada no presente trabalho:

O caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Concretização dos direitos sociais e a cláusula de “reserva do possível”

Não se pode deixar de conferir significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível”, notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais- além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização- depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese- mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou política-administrativa -, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível- não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Com suas considerações o autor evoca o dever intrínseco da atividade pública que é o de não manejar irresponsavelmente os recursos públicos bem como de não defraudar a confiança depositada pelo cidadão, sabendo separar limitação financeira de inércia. Salutar é a advertência que guarda o ensinamento sobre o modo como a gestão pública, caso mal conduzida pode “resultar nulificação ou até mesmo aniquilação de direitos constitucionais”.

2.2 Impeditivos à materialização das aspirações do Constituinte.

Embora exista um sem número de fatores que consistem em entraves à consolidação de direitos sociais, um dos aspectos mais proeminentes hoje, no que diz respeito aos impedimentos à materialização das aspirações do Constituinte, se trata do fato de que nem sempre a vontade dos agentes públicos coincide com o anelo de satisfação do bem estar social e muito menos com as diretrizes constitucionais.

Avaliando preliminarmente as relações de poder brasileiras, de pronto é possível identificar que essa dissonância se deve precipuamente à remanescência de um favorecimento políticos de conhecidos e amigos de dentro ou de fora das instituições, o que acaba sendo desfavorável ao contexto da capacidade de gerir corretamente. No contexto das políticas públicas tais trocas são facilmente aferíveis no âmbito das associações intrapartidárias, das relações intragovernamentais, das coligações pessoa física ou até mesmo nas relações de nepotismo. Pode-se concluir que todo tipo de favorecimento de pessoas que impliquem o provimento de vagas no serviço público, em especial de vagas voltadas para a gestão, sem os devidos processos seletivos ou preparo proporciona uma espécie de uso privado do Estado atrasando o alcance das metas públicas. Outros tipos de favorecimento sejam intrapessoais ou interpessoais também podem prejudicar a gestão conforme demonstrado abaixo.

Ao analisar o fenômeno do *Rent Seeking* Queiroz (2012, p.47) faz com que se percebam as inadequações da conduta de gestores e agentes públicos neste sentido de uso privado do Estado. Vejamos:

Entendemos por *rent-seeking* o comportamento predatório por parte dos indivíduos ou coalizões distributivas que têm como objetivo extrair parte do excedente social em benefício próprio (Tollison, 1982).

Rent-seeking ou "busca de rendas" é a obtenção de renda ou vantagens econômicas que não derivam do livre jogo do mercado, geralmente fruto do uso indevido do Estado. Indivíduos e grupos de interesse se aproveitam indevidamente dos recursos que pertencem a toda a sociedade, sonogando impostos, fraudando licitações, obtendo subsídios injustificados, recebendo vencimentos desproporcionais ao serviço prestado [...]

Um exemplo que se conecta ao objeto deste trabalho mais especificamente no que toca ao impedimento à consolidação do direito à saúde é o que vem ocorrendo com a "Máfia da Órtese e Prótese" no Distrito Federal, um esquema que conta com a participação de profissionais da saúde em superfaturamento de aparelhos,

recebimento de comissões e realização de procedimentos de colocação de prótese desnecessários e até mesmo ou uso desses materiais vencidos ou acima da quantidade necessária.¹

O objetivo de uso do Estado em prol de interesses particulares e, sobretudo, em busca de rendas de forma ilegal fica patente neste exemplo.

Ainda sobre os conceitos de Captura do Estado e *Rent Seeking*, complementa Queiroz (2012 p. 48-49):

No caso da obtenção de renda por meio de mecanismo extra-mercados (*rent seeking*), valendo-se de privilégios obtidos por decisões direcionadas de governo, não encontramos a correspondente geração de externalidades positivas, resultando, ainda, na redução do bem-estar social, pois a renda assim obtida é resultante, via de regra, da subtração de renda de outro(s) agente(s) ou grupo(s).

[...] Assim, a teoria do *rent-seeking* analisa os efeitos sobre o conjunto da sociedade da caça de benefícios por indivíduos ou por "grupos de interesse" que tentam conquistar privilégios e transferir renda de outros grupos para si por meio do Estado.

[...] Pela captura do Estado, "os grupos de interesse" podem influir na definição e na formulação de leis e das políticas públicas em troca de favorecimentos a governantes e/ou administradores públicos. A cooperação pode ocorrer por meio da destinação de verbas para campanhas eleitorais, da ameaça de retirada de apoio político, de subornos a parlamentares para compra de votos a determinadas leis, de subornos a administradores públicos para aprovação de normas ou decretos favoráveis a interesses concretos criados, de subornos e ajuizes para que influam em decisões dos tribunais etc. (Bresser Pereira, 1997) apud.

Essa influência indevida sobre a coisa pública gera ganhos fáceis para certos grupos, em contraposição a graves danos para o funcionamento dos mercados e a um enorme e perverso custo social para o restante da sociedade.

A teoria da Captura do Estado discute, assim as formas e consequências para o conjunto da sociedade da "captura" das instituições públicas por "grupos de interesse".

Infere-se a partir da exposição do autor que o cenário das políticas públicas e dos respectivos fenômenos inerentes ao seu desenvolvimento propende, infelizmente, à corrupção (no contexto em que o *rent seeking* é apenas um dos seus inúmeros desdobramentos) dos agentes e gestores envolvidos neste complexo processo.

Tendo a Saúde Pública como campo experimental, não é ousado afirmar que a saúde é um dos setores mais permeáveis à prática de ilícitos em função da alta complexidade de recursos públicos que a abastecem e à natureza dos insumos que

¹ CPI das próteses apresentará relatório final em Agosto.

<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/01/05/cpi-das-protese-apresentara-relatorio-final-em-agosto>

circulam sob a responsabilidade dos gestores². Neste sentido, estudo elaborado pela Fundação Getúlio Vargas referente à pesquisa de Avelino e Biderman (2013) demonstra:

Trata-se de um efeito bastante discutido na literatura científica: ao afetar a oferta de serviços públicos, a corrupção influencia negativamente os resultados das ações do Estado e leva à degradação dos indicadores sociais. Para comprová-lo, Avelino e Biderman utilizaram como base os relatórios de auditoria da Controladoria Geral da União (CGU), os indicadores de saúde apresentados pelos municípios brasileiros no portal DATASUS e uma série de controles disponibilizados pelos órgãos oficiais.

O programa da CGU audita as transferências da União para os municípios, selecionando 60 municípios com menos de 500.000 habitantes a cada sorteio. No processo, é publicado um relatório contendo informações sobre as irregularidades encontradas relacionadas a fraudes em compras, desvio de recursos públicos para ganhos privados e superfaturamento de bens e serviços.

A partir desse relatório, Avelino e Biderman conseguiram construir um índice que mostrou que a corrupção prejudica os padrões de saúde relacionados com a mortalidade em hospitais e estabelecimentos de saúde. Isso porque acabam faltando equipamentos adequados que deveriam ser adquiridos por meio dos recursos desviados por ações fraudulentas.

A pesquisa de Avelino e Biderman comprova a necessidade de ações de combate à corrupção no sentido de garantir a melhoria no atendimento de saúde. Esse é um setor bastante vulnerável a atos ilícitos, pois está cercado de incertezas. Não se sabe precisamente quem irá adoecer, quando, que tipo de tratamento será necessário ou quão eficiente o tratamento será. Os pacientes não têm informações suficientes para buscar melhor preço e qualidade. E são diversos atores envolvidos no processo: governo, planos e sistemas de saúde, hospitais, fornecedores de suprimentos e pacientes. No Brasil, há ainda o desafio adicional do Sistema Único de Saúde (SUS), que trouxe uma série de benefícios decorrentes da descentralização, porém acabou por dificultar o controle de recursos por conta da complexidade da forma de financiamento.

Trata-se de mediações complementares em que ambos os autores Queiroz (2012) e Avelino e Biderman (2013) evidenciam a corrupção e seus desdobramentos como causa de perdas públicas e por que não dizer- aspecto que será abordado oportunamente neste trabalho- supressão de direitos pelo Estado.

Além dos aspectos mencionados, Queiroz (2012) aponta outros 12 fatores como elementos que impedem que as políticas públicas vicejem e, por conseguinte também as metas do constituinte. Ele os denomina “falhas de governo” expressão derivada da Teoria da Escolha Pública de Buchanan (1919 *apud* Queiroz, 2012). Para o estudo em questão é pertinente citar, dentre as elencadas pelo autor, as falhas de governo a seguir: decisões temporais, falta de integração entre as esferas

² A Doença da Corrupção: o Desvio de Fundos e a Saúde Pública nos Municípios Brasileiros. Disponível em: <http://gvpesquisa.fgv.br/publicacoes/gvp/corruptao-prejudica-saude-dos-brasileiros>

de governo, superposição de ações governamentais, falta de foco das programações, conflito de representatividade nas decisões de alocação de recursos setoriais, atendimento a interesses ilegítimos, desvios das funções essenciais de Estado, conflito entre racionalidade e compromisso nas decisões (Queiroz, 2012, p.38-47).

Tendo em mente o mister de avultar o direito à saúde como direito social a ser atendido pelo poder público, bem como considerando o impacto que as falhas de governo podem repercutir nestes direitos inclusive observados os exemplos até agora aventados, destaquemos o que nos ensina Queiroz (2012, p. 38-47) a respeito de decisões temporais, atendimento a interesses ilegítimos , superposição das ações governamentais e desvio das funções essenciais do Estado, conflito entre racionalidade e compromisso nas decisões respectivamente:

Decisões temporais (grifo nosso)

Estas decisões tratam dos CONFLITOS ENTRE OS INTERESSES de curto prazo dos políticos e os interesses de médio ou de longo prazo da sociedade. Não raras vezes, temos conhecimento de que as decisões dos governantes, condicionadas pelos próximos resultados eleitorais, conflitam com objetivos de maior prazo para a sociedade [...]

Atendimento a interesses ilegítimos (grifo nosso)

Provavelmente, É O MAIOR DOS PROBLEMAS EXISTENTES (grifos do autor) nos Estados de democracia recente, em que a maior dificuldade é os cidadãos induzirem os seus representantes políticos a não perseguirem interesses individuais em aliança com outros agentes públicos ou com grupos de interesse particulares, e sim os interesses e as demandas da sociedade.

Superposição de Ações Governamentais (grifo nosso)

Essa "falha" é provavelmente um das maiores responsáveis pelo desperdício de recursos públicos em países em desenvolvimento como o Brasil. Trata-se do fato de não haver adequada integração entre as programações governamentais, tanto internamente em cada uma das esferas de governo (União, estados e municípios), quanto entre as referidas esferas governamentais [...].

Desvio das Funções Essenciais do Estado (grifo nosso)

Aborda a escolha de determinadas políticas que são implementadas em detrimento de políticas mais essenciais relacionadas às funções essenciais de Estado. É decorrente da fragilidade técnico- institucional do Estado, o que o submete a eventuais decisões arbitrárias de dirigentes e/ou a decisões influenciadas por interesses socialmente inadequados. Como exemplo desse desvio temos a escolha de políticas públicas desnecessárias ou de baixo grau de prioridade em relação às atividades essenciais (saúde, segurança, políticas sociais, entre outras), caso de determinadas políticas no campo do desenvolvimento e do fomento econômico.

Vale esclarecermos que uma determinada política pública que se formou e foi implementada pode até ser legítima do ponto de vista do jogo

democrático, uma vez que os atores sociais nela interessados fizeram valer o seu poder de pressão no processo. Isso não significa, no entanto, que ela se enquadre necessariamente na agenda política prioritária que o governo assumiu com a maioria da população para ser eleito, tampouco nos princípios constitucionais mais abrangentes que devem ser observados pelas políticas públicas.

É importante ressaltarmos que o papel do governo nas sociedades democráticas não é aceitar passivamente as pressões resultantes do jogo social nem se alinhar passivamente a elas. O Estado permanece como responsável por mediar os interesses dos diversos atores sociais e para arbitrar decisões que atendam aos interesses da maioria da população, principalmente dos seus segmentos mais carentes.

Conflito entre racionalidade e compromisso nas decisões (grifos nossos)

As decisões dos administradores políticos levam a atender fundamentalmente aos critérios de compromisso, não correspondendo estritamente a critérios de racionalidade. Por exemplo, a decisão de executar uma determinada obra não é tomada estritamente em função da relação custo- benefício que apresenta para a sociedade (critério de racionalidade), mas sim em razão de um compromisso de campanha assumido com uma ou mais pessoas interessadas na construção da obra referida (critério do compromisso), ainda que esta possa apresentar uma relação custo- benefício muito baixa.

Uso inapropriado de critério político em certas escolhas (grifo nosso)

Frequentemente, essa "FALHA" impõe grandes danos e/ou prejuízos ao conjunto da sociedade e diz respeito às situações que requerem a utilização de outros critérios que não o político para as escolhas e decisões.

É o caso do preenchimento de determinados cargos e funções na administração pública em geral e nas empresas públicas em particular por pessoas que não possuem o perfil profissional requerido. Assim, ao contrário do que ocorre em organizações e empresas públicas, que buscam os mais qualificados profissionais para gerí-las como a condição mais importante para seu desempenho e para a sua própria existência, as empresas públicas tendem a ter desempenhos comprometidos pela fragilidade técnica de seus gestores.

Note-se que a partir das reflexões expressas pelos autores fica claro que os impedimentos à consolidação das Políticas Públicas que viabilizem direitos sociais superam o clichê de que não há verbas suficientes. Muito além disso, existem questões estruturais que envolvem o Estado e a conduta negativa de Gestores Públicos bem como os ainda falhos mecanismos de monitoramento. Tais condutas precisam ser analisadas e em relação a elas é necessário montar um plano de ação para que sejam debeladas; sob pena de se seguir infringindo direitos sob o álibi já ultrapassado e genérico do desgastado bordão "falta gestão" (grifo nosso).

2 CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE TAL COMO ESPÉCIE DE DIREITO SOCIAL.

Antes mesmo de procurar definir o direito à saúde, deve-se ter em conta a importância de definir o estado que dá ensejo a esse direito. Portanto, o que é saúde?

Encontra-se na doutrina de Rocha (2004, p.248) a definição que consta de registros precedentes aos da Constituição:

Em 1946, com o surgimento da Organização Mundial de Saúde (OMS), um novo conceito de saúde é erigido: “a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”. A partir de então, tem-se delineado o aspecto preventivo e promocional da saúde, dando-se ênfase às intervenções sociais e não individuais.

As considerações ao Direito à Saúde- antes mesmo de ter sido ele reconhecido pela Constituição Cidadã em sua robustez- já integrava também a Declaração Universal dos Direitos Humanos³ revelando, portanto, sua magnitude na vida do ser humano. No corpo da determinação, pode-se verificar a previsão⁴.

Dentro desta perspectiva, Mendes (2013, p.22) adverte para a dimensão desta espécie de direito, nos ensinamentos:

[...] podemos vislumbrar que a vida é o maior bem jurídico e o fundamento de todo direito humano e que sua proteção só é possível dando-se plena proteção à saúde.

No Brasil, a Constituição de 1988 incorporou todos os princípios da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, e o país ratificou em 1992 o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que garantem a todos condições de vida mais dignas, mas assistimos à ausência de efetivação desses direitos pelo nosso poder público.

Estabelecendo uma conexão dos preceitos de direito humano com a Constituição Pátria, além da previsão constitucional já citada no Art. 6º, o constituinte exalta a relevância do direito à saúde na previsão constante dos Artigos 196 e 197, vejamos:

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

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

³ Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas. 10 de Dezembro de 1948.

⁴ Artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Na abordagem de Mendes (2013, P.41-46) hierarquiza o direito à saúde como base de todos os outros, vejamos:

A saúde é o “primeiro” e o primordial direito social. Sem saúde não há vida digna, não há trabalho, há apenas resquício de vida. É uma premissa do exercício da cidadania.

[...] O direito à saúde está ligado também ao exercício da cidadania, pois na sua ausência da saúde o indivíduo encontra-se despido de seu papel de ator social. É incontestável que o conceito de saúde se transmuta de acordo com o momento histórico e como o avanço científico da humanidade. Atualmente, considera-se a saúde e a doença como estados de um mesmo processo, composto por fatores biológicos econômicos, culturais e sociais.

No que concerne à ideia de hierarquizar o compromisso estatal de elevar o direito à saúde ao patamar de meta governamental inarredável alcançável via políticas públicas, Mendes (2013, p.46), menciona parte do que dispõe a Lei 8.080/90 a respeito do que destaque-se:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

[...]

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

Parágrafo único: Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

A observação das disposições infraconstitucionais apostas acima chama a atenção para a imprescindibilidade da conduta garantidora do Estado em relação à promoção do direito da saúde, mormente considerando a sua repercussão ante os demais direitos; estejam eles situados no arcabouço dos direitos sociais ou ainda dentre as demais categorias que estejam amparadas em sua existência.

Este trabalho acolhe a conceituação do direito à saúde de Bobbio (1992 apud Rocha) que expõe:

Os direitos sociais são, na terminologia de Norberto Bobbio, direitos de segunda geração e estão capitulados no Art. 6º da Constituição Federal de

1988. Nesse rol é reconhecido expressamente o direito à saúde, que está devidamente disciplinado pela Lei Nº 8.080/90(LOS).

Rocha (2004, p.246-247) também analisa da perspectiva constitucional, reforçando a necessidade de articulação estatal e responsabilidade estatal em termos de gestão quando o assunto é a promoção do direito à saúde de modo a compreender a sua complexidade, a seguir:

É preciso, pois, esforçar-se para estabelecer uma panorâmica histórica e constitucional do direito à saúde, a fim de que seja possível a compreensão do imenso paradoxo que ele encerra. Isso se dá em decorrência do visível descompasso existente entre a manifestação do poder constituinte originário e o aparato de serviços de prestação da saúde pública presente neste país, que são incapazes de atender às reais condições de saúde da nossa população.

Há que se analisar, ainda, o espaço- tempo- cultural que justificou, em determinados momentos, os avanços e retrocessos da promoção à saúde em alguns Estados e, em especial, no Brasil; bem como as influências políticas, sistemas centralizadores e autoritários, que influenciaram sobremaneira o arcabouço legal vigente em diferentes épocas.

Não se pode olvidar, todavia, da questão da responsabilidade que o Estado tem na organização e prestação dos serviços públicos. Nesse tocante, é que se apresenta como absurda a eventual exigência de previsão financeira em orçamento público referente a despesas oriundas de direitos tão complexos, como o direito à saúde. Ora, se o Estado reclamou para si a tarefa de promover o direito à saúde, não poderá se escusar de seu cumprimento, mediante a tese de que não existem verbas alocadas em orçamento prévio.

Apesar das prioridades que, retoricamente, são atribuídas à saúde, o dispêndio de recursos públicos para esse setor vem sendo gradativamente reduzido, o que acaba por determinar a deterioração de serviços de saúde pública e médico- assistencial de prestação. Tal situação alcança, sobretudo, a parcela mais pobre e sofrida da nossa sociedade, que, via de regra , não dispõe de condições materiais suficientes para valer-se dos serviços de instituições privadas voltadas para assistência à saúde.

Sobre a constitucionalização do direito à saúde Rocha (2004, p.258-259) considera:

A constitucionalização do direito sanitário ocorre, efetivamente, com a Constituição de 1988 determinando-lhe duas características básicas: o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental e a definição dos princípios que regem as políticas públicas de atenção à saúde.

Com excelência, o autor ressalta não só o anacronismo do Estado na tomada de ações pertinentes à complexidade na tutela do direito à saúde bem como também a deficiente má gestão (em contraponto ao repetitivo chavão falta de verbas). O Direito à Saúde, conclui-se, deve ser encarado superando-se o conceito de fardo para o Estado; devendo ser entendido como pilar do equilíbrio social e do desenvolvimento de demais direitos.

3.1 Infringências praticadas ao Direito à Saúde apesar das políticas públicas vigentes.

Apesar do cuidado do Constituinte originário a partir de 1988 em resguardar os direitos sociais- e em especial o direito à saúde, a desorganização estatal e a ausência de sincronismo de gestão perturbam a promoção das garantias que a fruição destes direitos envolve.

Este tópico destina-se à apresentação e análise de caso concreto em que fica patente a ocorrência de violações ao direito à saúde; seja por omissões governamentais seja por superposição de ações governamentais⁵ que acabam por postergar o atendimento às previsões constitucionais.

Um dos exemplos- considerando a ótica da preterição no atendimento ao direito à saúde- mais expressivos de descontinuidade logística e má gestão do dinheiro público que revelam a patente inépcia na condução das políticas públicas destinadas à área é o da aquisição de máquinas e equipamentos médicos- hospitalares de alto valor financeiro- e que do mesmo modo que representam muito impacto para a promoção da saúde- sem a preparação do terreno técnico, logístico, humano e operacional para que esse maquinário sirva aos fins de destino.

Antes de apresentá-lo, convém a menção ao estudo realizado por Amorim e Shimuzi (2015, p. 350-359) que em excepcional artigo contemplam os desafios logísticos enfrentados pelos gestores em cumprir e vivificar o *modus operandi* expresso nas políticas públicas que preveem as tomadas de decisão em gestão que devem compor esta complexa cadeia de ações promotoras do direito em questão. Vejamos:

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) instituiu a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 2, de 25 de janeiro de 2010, que "Dispõe sobre o gerenciamento de tecnologias em saúde em estabelecimentos de saúde" Ela teve como objetivo:

estabelecer os critérios mínimos a serem seguidos pelos estabelecimento de saúde para o gerenciamento de tecnologias em saúde utilizadas na prestação de serviços de saúde, de modo a garantir a sua rastreabilidade, qualidade, eficácia, efetividade e segurança(BRASIL, 20108). (grifos do autor)

Essa resolução se aplica aos "aos estabelecimentos de saúde em âmbito hospitalar, ambulatorial e domiciliar e àqueles que prestam serviços de apoio ao diagnóstico e terapia, intra ou extra hospitalar" (BRASIL, 20108), reconhecendo como equipamento de saúde:

⁵ (QUEIROZ, 2012, p.38-47)

[...] o conjunto de aparelhos e máquinas, suas partes e acessórios utilizados por um estabelecimento de saúde onde são desenvolvidas ações de diagnose, terapia e monitoramento, bem como os equipamentos de apoio, os e infraestrutura, os gerais e os médico- assistenciais.(BRASIL, 2010)

Considera-se o gerenciamento

[...] desde o planejamento e entrada no estabelecimento de saúde até seu descarte, visando à proteção dos trabalhadores, a preservação da saúde pública e do meio ambiente a segurança do paciente. (BRASIL, 2010).

Dessa forma, os gestores são orientados a elaborar um Plano de Gerenciamento (PG) para as tecnologias abrangidas por este regulamento técnico. Caso esse serviço seja terceirizado, "não isenta o estabelecimento de saúde contratante da responsabilização perante a autoridade sanitária". Com relação à infraestrutura física para a realização das atividades de gerenciamento de tecnologias em saúde, a resolução orienta que esta deve ser compatível com a RDC Nº 50 de 21 de fevereiro de 2002, da Anvisa (BRASIL,2010)

Observa-se demonstrado no estudo dos autores as orientações técnicas e orientações legais transmitidas que devem permear a gestão neste caso; conquanto os autores também expõem as vicissitudes e falhas encontradas na formulação das políticas públicas que repercutem na realidade, a seguir:

[...] A aquisição de EMH é responsabilidade dos estados e municípios, porém o MS desenvolveu ferramentas para auxiliar os gestores nessa atividade. A ferramenta SomaSUS assemelha-se ao Sisplan, implantado em 1994 pelo MS, porém, mais detalhado. Nos três volumes publicados, não foram identificadas orientações sobre a gestão dos equipamentos ou mesmo espaço físico destinado para esta finalidade- conforme Doc. 4.

Embora não seja o foco dos manuais, propõe-se a abordagem desses assuntos para que os gestores sejam estimulados a desenvolver essas atividades nos EAS. Orientações para o cadastramento dos EMH (pós-aquisição) no CNES não foram abordadas em nenhum dos volumes analisados. Dessa forma, sugere-se que tal orientação também seja inserida nos manuais. Dependendo do porte do equipamento há necessidade de construir ou readequar a estrutura física, os recursos humanos especializados, tratamento de resíduos diferenciado, manutenções periódicas, insumos e substituição de peças de alto custo.

Passemos então ao exemplo veiculado pela mídia (que traduz o descompasso entre estudo situacional, planejamento, gestão e devolutivas em promoção de direitos) ocorrido no Hospital de Base de Brasília, Distrito Federal; uma das unidades integrantes do Sistema Único de Saúde: no mês de março deste ano, foi reportada a permanência em caixa (nunca desembalado) do equipamento médico hospitalar denominado Pet Scan- aparelho tomográfico de alta tecnologia que realiza exames imagiológicos de medicina nuclear especialmente para diagnóstico do câncer⁶- desde o ano de 2014. A reportagem afirma que o Ministério Público questiona em

⁶ Tomografia por emissão de positrões. Referência:

https://pt.wikipedia.org/wiki/Tomografia_por_emiss%C3%A3o_de_positr%C3%B5es

ação de improbidade administrativa o porquê de se adquirir um aparelho de tão alto custo para os cofres públicos (aproximadamente R\$ 3 milhões de reais) e não consolidar o seu uso; já que é de vital importância para o diagnóstico e prevenção da neoplasia maligna⁷ dentre outras doenças.

Observem-se os principais aspectos da reportagem:

“A Secretaria de Saúde informa ainda que o aparelho está dentro das embalagens originais, em um amplo corredor do Hospital de Base, único local que comporta todas as partes que compõe a máquina”, disse em nota. O prazo para conclusão da obra na sala não foi informado. Entre as especificações exigidas para o funcionamento do aparelho está o uso de paredes de chumbo.

Para o Ministério Público, a situação está causando prejuízos aos pacientes e aos cofres públicos. A falta do aparelho tem obrigado a Secretaria de Saúde a pagar R\$ 3,5 mil por cada exame do tipo na rede particular, sempre que um paciente aciona a Justiça para pedir o teste. Entre 2014 e 2015, o GDF gastou mais de R\$ 132 mil com contratações do tipo. O pet scan é considerado atualmente o exame mais moderno para a detecção de cânceres, problemas neurológicos e diversas doenças do coração.

O órgão defende que a compra do equipamento foi feita sem o devido processo licitatório, sem planejamento técnico e sem estudos prévios. Nem mesmo a Diretoria de Engenharia Clínica de Equipamentos Médicos da Secretaria de Saúde, responsável por emitir os pareceres técnicos, teria sido previamente consultada.

“Não se discute o acerto ou não da aquisição, mas a forma como foi feita, sem qualquer planejamento e com especificações técnicas que não foram justificadas pela necessidade da rede pública de saúde e dos pacientes. O propósito era direcionar a escolha para determinado fornecedor, em prejuízo do caráter competitivo do certame”, disse a promotora Marisa Isar.

Uma auditoria do Tribunal de Contas apontou falhas no processo de aquisição do equipamento. “A situação enseja severa crítica: é como se começasse a construir uma casa pelos móveis. Lamentavelmente, contudo, tal fato não representa uma novidade na gestão pública, que é justamente a área que mais sofre com a falta de equipamentos, insumos, profissionais”, disse a procuradora-geral do Ministério Público de Contas, Cláudia Fernanda Pereira⁸.

O Exemplo escolhido descortina a cabal violação ao direito à saúde impossibilitando o acesso e exercício do mesmo; visto que as omissões do Estado em relação ao monitoramento do processo de aquisição de um bem de tão alto valor, as falhas na instituição do processo licitatórios, bem como a ausência de ações em gestão na direção de criar condições **prévias** para que fosse bem sucedido o processo como um todo- baritagem da sala já que se trata de aparelho que emite radiação, planejamento de acondicionamento de aparelho dentro da unidade inclusive com previsão de reformas físicas ou estruturais para acolhê-lo, montagem de plano de

⁷ Neoplasia Maligna. Referência: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Neoplasma>

⁸ Notícias G1. <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/03/com-maquina-lacrada-ha-2-anos-df-gasta-r-132-mil-em-exames-de-cancer.html>

ação com cronograma para início de funcionamento e atendimento, capacitação de equipes para atuar em campo, realocação de servidores com formação técnica, remanejamento de escalas de profissionais, dentre outros aspectos- faz com que seja perceptível que o argumento falta de recursos não pode ser mais alegado. Depreende-se que o que falta é conhecimento técnico para gerir e liderar equipes que implicam um grande quantitativo de servidores formados nas múltiplas áreas do conhecimento que deveriam integrar uma ação como esta. Depreende-se também que falta o conhecimento da Lei e a percepção do gestor acerca da sua responsabilidade jurídica em atender preceitos da Constituição e sobre o fato de que omissões, postergações, temerário manejo de verbas públicas- além do mero desprestígio político- podem ocasionar funestos resultados não apenas individualmente para o gestor nas esferas penal, cível e administrativa, mas especialmente para no entrave do desenvolvimento e fruição de direitos sociais de extrema hierarquia, como é o direito à saúde. Enquanto as omissões e improvisações dos gestores públicos não forem encaradas como ferimento à Constituição Federal no âmbito da Administração Pública (mesmo antes de chegar ao controle jurisdicional) a responsabilidade do gestor público continuará sendo tratada como mera prática administrativa; ou seja, muito aquém da repercussão jurídica que provoca.

3.2 Mecanismos assecuratórios do Exercício do Direito à Saúde

3.2.1 O Controle Judicial efetivando Políticas Públicas

No contexto de Políticas Públicas é oportuno refletir sobre: se há tantas violações aos direitos como o direito à saúde, infligidas ao mau gestor como estabelecer mecanismos que assegurem o exercício do direito à saúde pelo menos próximo de uma contrapartida satisfatória, devida pelo Estado?

Uma das ferramentas apresentadas pela doutrina que embasou este trabalho foi a de Zufelato (apud Grinover; Watanabe, 2013 p. 309-314), que preconiza:

O tema controle judicial das políticas públicas tem merecido destacada atenção no cenário jurídico brasileiro, e embora surgidas recentemente as primeiras discussões enfocando de forma sistemática e organizada a (necessária) intervenção do Judiciário numa seara antes dominada pela postura de intangibilidade da Administração Pública na escolha e forma de consecução de seus atos, revela-se um dos assuntos mais instigantes e desafiadores da ciência jurídica contemporânea.

[...] O aspecto fundamental que envolve o controle judicial de políticas públicas sem dúvida é a mudança significativa que aporta os mecanismos de efetivação dos direitos sociais antes considerados ineficazes ou de eficácia limitada, uma vez que a impossibilidade de intervenção do Judiciário na esfera das políticas públicas era um dogma inacessível. Nesse sentido, o tema encerra em si uma verdadeira revolução paradigmática (grifo do autor) rumo à efetivação dos direitos sociais quando houver inoperância ou irregularidade do Estado na concretização de seus próprios fins.

Considerando-se a amplitude do tema, analisar-se-á no presente estudo o controle judicial de políticas públicas realizado mediante situações concretas em que tais políticas são violadas. Para tanto, considerar-se-ão alguns aspectos da tutela jurisdicional coletiva brasileira, ou seja, as ações coletivas e seus mecanismos técnico-processuais, os quais são responsáveis por dotar tais ações dos meios aptos a realizar concretamente os direitos que em tese deveriam ser respeitados pelas políticas públicas. Ao final far-se-ão algumas considerações acerca da possibilidade de implementação de políticas públicas via ações estritamente individuais.

[...] É preciso rever o sentido da expressão judicialização da política (grifo do autor), que outrora significava interferência abusiva do direito em temas de exclusividade dos agentes políticos, para um sentido no qual as questões que envolvam comportamentos políticos se revestem de status de direitos fundamentais, e nessa medida são perfeitamente judicializáveis.

Basta pensar que o conteúdo das políticas públicas remete à ideia de direitos sociais e de solidariedade, como o direito à saúde [...] E ainda, a obrigação de implementação de direitos fundamentais, sejam eles instrumentalizados por meio de políticas públicas ou não, é dever de todos os poderes do Estado, para a própria realização e concretização dos escopos do Estado Democrático de Direito, incluído o Judiciário.

Com efeito, num Estado de viés social, como é o modelo brasileiro, as políticas públicas são o mecanismo de atingimento dos objetivos fundamentais do próprio Estado[...]. Num contexto sociopolítico como o constituinte sob o argumento de invasão de esfera de poder é desconhecer a realidade concreta da sociedade brasileira e desprezar a eficácia das normas constitucionais.

[...] Por fim, importante destacar que o fato de serem as políticas públicas judicializáveis não significa, de modo algum, que se está incentivando o uso indiscriminado do processo como meio regulador dos temas políticos no Brasil. Pelo contrário. Essa intervenção judicial não é o canal ideal de fixação das políticas, que a priori permanecem como competência dos poderes essencialmente políticos. A intervenção do Judiciário nessa seara, assim sendo, embora indispensável em casos de omissão ou de desvirtuamento dos poderes políticos, deve ser sempre a *ultima ratio*.

A partir do ensaio, fica claro que a intenção ao apontar a alternativa não é suprimir as competências de quaisquer dos Poderes ou sobrepor a de quaisquer deles; é sim de exercer um monitoramento que seja capaz de dosar e de servir de paradigma para a repressão de ações futuras de gestores que estejam em desconformidade com as diretrizes da Lei. Ainda sobre a temática, e a título de exemplificar o mecanismo citado, considere-se a ponderação do autor:

Com base no exposto, faz-se mister analisar quais os mecanismos técnico-processuais aptos a deduzirem as pretensões que envolvam as políticas públicas.

De forma sucinta pode-se dizer que os principais meios processuais de se controlar o cumprimento e a realização das políticas públicas são de duas naturezas: i) as ações constitucionais, conhecidas como ações do controle concentrado de constitucionalidade, de que são espécie a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação de descumprimento de preceito fundamental; e ii) ações coletivas e ações individuais aptas a corrigirem a omissão ou desvirtuamento do Estado na consecução de suas políticas públicas em situações concretas.

É fato inconteste que o Brasil Possui um dos sistemas processuais mais completos e eficazes de tutela jurisdicional coletiva do mundo. Constituído basicamente pela Lei de Ação Civil Pública e pela parte final do coletivo consolidou-se na prática forense como um dos mecanismos mais efetivos de proteção de direitos por meio do processo.

As ações coletivas brasileiras possuem do ponto de vista processual- e mesmo procedimental- peculiaridades em relação às ações individuais determinadas pela natureza do direito transindividual envolvido, ou seja, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Um aspecto importante do tema sob análise é exatamente esse: é a ideia de direito coletivo, em sentido material, tutelável por meio do processo que se torna possível o ajuizamento de ações coletivas para controlar políticas públicas. Em termos mais claros, em última análise as políticas públicas são espécie de direitos coletivos e, portanto tuteláveis mediante o processo coletivo. (Zufelato apud Grinover; Watanabe, 2013)

A partir do exposto, conclui-se que quanto mais consciente a população sobre as alternativas de buscar judicialmente a concretização de direitos seja por via de ações individuais, seja por vias coletivas; seja sob amparo da Defensoria, Ministério Público ou ainda via Tribunais de Contas, maior será a pressão exercida para o cumprimento dos deveres constitucionais do gestor público.

CONCLUSÃO

O presente estudo permitiu avaliar o modo como as políticas públicas estão intrinsecamente relacionadas ao Direito por tratar-se a atividade Pública desempenhada pelo Gestor de um dever jurídico e não só de um mero exercer público de atividades, que por sua vez repercute de modo decisivo na Sociedade.

A Problemática central do trabalho prestou-se a evidenciar a relação entre a responsabilidade do gestor público com o atendimento ou supressão a direitos sociais com enfoque no direito à saúde , revelando que a omissão do gestor ou ainda falhas na gestão podem significar ferimento a direito constitucionalmente previstos. Buscou-se conceituar esta classe de direitos fazendo com que ficasse nítida a correspondência entre o não atendimento dos mesmos e o ferimento às diretrizes da Constituição Federal.

A partir do Estudo foi possível também observar como se forma um política pública em seu ciclo , verificando que muito além das etapas burocráticas que compõem o processo, existem problemas crônicos que vão além da sua formação e que impedem a prosperidade das políticas tais como os favorecimentos, a corrupção, a superposição de ações governamentais, a ausência de formação técnica para a gestão, dentre outros aspectos. Ademais, o que se observou durante o mister é que não existe priorização do direito à saúde pelos gestores apesar de ser um direito constitucionalmente previsto. O que se alega de forma retórica é que não existem recursos, que não existe pessoal, que não existem insumos, mas o que na verdade ocorre é que a omissão do gestor é encarada como comum vicissitude da Governança e não como violação de direitos; aspecto este que deve ser corrigido.

Uma das valiosas conclusões obtidas a partir da pesquisa é que o Gestor Público não tem monitoramento concomitante suficiente no que diz respeito ao controle da entrega do seu trabalho em políticas públicas. O controle hoje é feito a posteriori via judicial ou ainda via controle social que, convenhamos, não minimiza nem de longe os impactos financeiros e sociais sofridos a partir de aberrações jurídicas cometidas pela gestão como no caso de aquisição de equipamento médico- hospitalar exemplificado neste estudo. O ideal é que gestores inclusive pudessem ser monitorados durante todo o processo de construção das políticas públicas e da

tomada de decisão e fossem reposicionados a partir do percentual de resposta social que oferecessem.

O razoável, para fazer com que os direitos sociais fossem de melhor forma atendidos, é que se instituisse uma cultura de profissionalização da Gestão nos órgãos públicos. Sim, por que hoje o que temos é uma capacitação díspar da requerida pelas exigências do desempenho público. Tomando como exemplo o caso citado no trabalho sobre a aquisição de equipamento, fica patente o desconhecimento global da gestão desde os aspectos legais que envolvem a aquisição de bens públicos, passando por desconhecimento em gestão de pessoas para criar as equipes, com condição de fornecer o novo serviço até o desconhecimento técnico de infraestrutura que permitiu que uma baritação de sala fosse feita em descompasso com a chegada do aparelho.

Por fim, foram abordados os mecanismos que podem servir de estímulo para a consolidação das políticas e foram citadas as medidas judiciais aplicáveis guardadas as devidas proporções de não interveniência entre Poderes; mas ao mesmo tempo ressaltando-se a importância dessa alternativa para certificar direitos sociais individuais e coletivos.

Por todo exposto, depreende-se que não é possível- tendo em conta a meta de tornar reais as aspirações do constituinte originário, confundir discricionariedade com licenciosidade pública; cenário em que os gestores se arvorem de inquestionável poder enquanto tomam decisões temerárias sem conhecimento, sem planejamento real situacional (que exceda o teórico), sem estudo prévio de cenários, visando apenas o cumprimento de agendas políticas que não refletem o interesse coletivo.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 22ª ed. Curitiba: Juá, 2005

ARRUDA NETO, Pedro Thomé . *Direito das Políticas Públicas*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BARROSO, Luiz R. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BERGUE. Sandro Trescastro; OLIVEIRA. Mara. *Políticas Públicas: Definições, interlocuções e experiências*. Caxias do Sul, RS: EDUC,2012

BIDERMAN. Ciro; AVELINO. George. 2013. A Doença da Corrupção: o Desvio de Fundos e a Saúde Pública nos Municípios Brasileiros. Disponível em:

<http://gvpesquisa.fgv.br/publicacoes/gvp/corruptao-prejudica-saude-dos-brasileiros>

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva 2013.

Carta de Direitos aos Usuários do SUS. Disponível em :

<http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/cartaaosusuarios01.pdf>

CENEVIVA, Ricardo. FARAH, Marta Ferreira Santos. Avaliar políticas públicas: um caminho para a transparência e para a responsabilização? Disponível em:

<http://gvpesquisa.fgv.br/publicacoes/gvp/avaliar-politicas-publicas-um-caminho-para-transparencia-e-para-responsabilizacao>

Constituição Federal da República. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

Dicionário de Sinônimos On Line. Disponível em: <http://www.sinonimos.com.br/>

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em :

<https://www.priberam.pt/DLPO/>

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LEHFELD, Lucas de Souza. O Concretismo Judicial propiciando ao Cidadão exigir do Estado o cumprimento de direitos fundamentais. Disponível em :

<http://lehfeldrp.jusbrasil.com.br/artigos/121940895/o-concretismo-judicial-propiciando-ao-cidadao-exigir-do-estado-o-cumprimento-dos-direitos-fundamentais>

MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direito à Saúde*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2012.

Portaria 1.101 GM DE 12 DE JUNHO DE 2002. Disponível em :

<http://www1.saude.ba.gov.br/regulasaude/2009/PN%20PORTARIAS%202009/nvos%20pdfs%202009/PT%20GM%201101%2012.06.2002.pdf>

QUEIROZ. Roosevelt Brasil. *Formação e Gestão de Políticas Públicas*. CURITIBA: 1ª ed. Intersaberes, 2012

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá Da. *Direito da Saúde-Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*, São Paulo: LTR, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTR, 1999.