ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A FORÇA NORMATIVA DAS DIRETRIZES DO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE DO BRASIL

THE NORMATIVE POWER OF THE GUIDELINES OF THE NATIONAL HEALTH COUNCIL OF BRAZIL

Marcílio Toscano Franca Filho*
Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca**

RESUMO: Com o fim de alcançar o piso constitucional dos investimentos em saúde, determinado pela Emenda Constitucional nº 29/2000, muitas autoridades públicas têm pretendido contabilizar, em favor desses gastos, as despesas relativas ao saneamento básico e à limpeza pública. Contrariando expressamente tal pretensão, há, porém, uma resolução do Conselho Nacional de Saúde, que demonstra ser a natureza jurídico-normativa das diretrizes do CNS é o objetivo do texto que, para isso, sublinha tanto a para-legalidade de algumas normatizações administrativas vinculantes como a fundamentalidade do direito à saúde.
Palavras-chave: Diretrizes. Conselho Nacional de Saúde. Soft Law. Saúde Pública.

ABSTRACT: In order to reach the constitutional floor of investments in health, determined by the Constitutional Amendment n. 29/2000, many public authorities are required to account, in favor of spending, the expenses on sanitation and public cleansing. Contrary to this claim, there is, however, a resolution of the National Health Council, which demonstrates that the nature of the legal and regulatory guidelines of the CNS is the purpose of the text which stresses both the para-legal norms of some administrative norm bindings such as the fundamentality of the right to health.
Keywords: Guidelines. National Board of Health. Soft Law. Public Health.

* Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra/Portugal. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da Paraíba.

** Acadêmica do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ e do Curso de Graduação em Filosofia da Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

1 INTRODUÇÃO

A fim de alcançar o piso constitucional dos investimentos em saúde, determinado pela Emenda Constitucional nº 29/2000[1], muitos ordenadores de despesa municipais e estaduais têm pretendido contabilizar em favor do cômputo desses gastos, as despesas relativas ao saneamento básico e à limpeza pública e recolha de resíduos sólidos urbanos (lixo). Contrariando expressamente tal pretensão, há, porém, uma resolução específica do Conselho Nacional de Saúde do Brasil, um órgão de extração constitucional (art. 77, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988), integrante da estrutura básica do Ministério da Saúde e auxiliar à normatização, formulação e execução de políticas públicas de saúde no país. Numerosos prefeitos, governadores e secretários municipais e estaduais têm alegado que tal resolução do Conselho Nacional de Saúde do Brasil não é juridicamente vinculante, ou não lhes é aplicável, basicamente, em virtude da autonomia constitucionalmente assegurada aos entes federativos, ou em razão da inexistência de uma lei formal a regular a matéria. Em assim precedendo, essas autoridades tentam alcançar, com menos esforços, os patamares mínimos de gastos públicos em saúde que passaram a ser exigidos após a Emenda Constitucional nº 29/2000.

O surgimento do Conselho Nacional de Saúde remonta à Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, que, ao dar "nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública", criou esse órgão colegiado com a atribuição de "assistir" tecnicamente ao Ministério, juntamente com o Conselho Nacional de Educação, ambos na qualidade de "órgãos de cooperação" (art. 67). Em 1990, o Conselho Nacional de Saúde ganhou renovada fisionomia institucional pela edição do Decreto nº 99.438, de 07 de agosto de 1990, que dispôs sobre sua organização e competências. Logo a seguir, a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, clarificou suas atribuições através do seguinte dispositivo:

1 A Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal brasileira e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Com tais alterações, a Emenda vincula recursos orçamentários da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal ao financiamento obrigatório de ações e serviços públicos de saúde.

> § 2° O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

Na esteira de tais competências, a Resolução nº 322, de 08 de maio de 2003, do Conselho Nacional de Saúde, assim dispôs:

> O Plenário do Conselho Nacional de Saúde, em sua centésima trigésima reunião Ordinária, realizada nos dias 07 e 08 de maio de 2003, [...] RESOLVE:
> I - Aprovar as seguintes diretrizes acerca da aplicação da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000:
> [...]
> DAS AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE:
> Quinta Diretriz: Para efeito da aplicação da Emenda Constitucional nº 29, consideram-se despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas com pessoal ativo e outras despesas de custeio e de capital, financiadas pelas três esferas de governo, conforme o disposto nos artigos 196 e 198, § 2º, da Constituição Federal e na Lei nº 8080/90, relacionadas a programas finalísticos e de apoio, inclusive administrativos, que atendam, simultaneamente, aos seguintes critérios:
> I – sejam destinadas às ações e serviços de acesso universal, igualitário e gratuito;
> II – estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente federativo;
> III – sejam de responsabilidade específica do setor de saúde, não se confundindo com despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que com reflexos sobre as condições de saúde. [...]
> Sétima Diretriz: Em conformidade com o disposto na Lei 8.080/90, com os critérios da Quinta Diretriz e para efeito da aplicação da EC nº 29, não são consideradas como despesas com ações e serviços públicos de saúde as relativas a:

I – pagamento de aposentadorias e pensões;
II - assistência à saúde que não atenda ao princípio da universalidade (clientela fechada);
III - merenda escolar;
IV - saneamento básico, mesmo o previsto no inciso XII da Sexta Diretriz, realizado com recursos provenientes de taxas ou tarifas e do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, ainda que excepcionalmente executado pelo Ministério da Saúde, pela Secretaria de Saúde ou por entes a ela vinculados;
V - limpeza urbana e remoção de resíduos sólidos (lixo);
VI - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes federativos e por entidades não governamentais;
VII – ações de assistência social não vinculadas diretamente a execução das ações e serviços referidos na Sexta Diretriz e não promovidas pelos órgãos de Saúde do SUS;
VIII – ações e serviços públicos de saúde custeadas com recursos que não os especificados na base de cálculo definida na primeira diretriz.[2]

A respeito dessas limitações impostas pela Resolução nº 322 do Conselho Nacional de Saúde sobre a aplicação da EC 29/2000, as questões centrais a serem desenvolvidas, ao longo deste texto, são as seguintes: estão as prefeituras e governos estaduais obrigados a cumprir as diretrizes expedidas pelo Conselho Nacional de Saúde? Qual a natureza dessas diretrizes? A autonomia municipal e estadual e o princípio da legalidade formal autorizam os entes federativos a desconhecer aquelas normas?

2 DIRETRIZES NO DIREITO COMPARADO E *SOFT LAW*

Antes de mais, é preciso destacar a natureza jurídica das diretrizes

2 Em 22 de setembro de 2003, o Governo do Estado do Rio de Janeiro ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2999) contra a Resolução 322/03 do Conselho Nacional de Saúde. O Estado alegou violação aos arts. 198, 24, 23, 196 e 200 da Constituição Federal brasileira, e ao artigo 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Segundo o governo fluminense, a resolução dispõe sobre matérias que a Constituição reserva à lei complementar. Setenta e cinco entidades ligadas à saúde ou a movimentos sociais ofereceram razões em defesa das competências do Conselho Nacional de Saúde, na qualidade de *amicus curiae*. De acordo com o que informa o Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), um pedido de vista do Min. Marco Aurélio, no dia 16 de fevereiro de 2005, adiou o julgamento da ação depois que o Relator, o Min. Gilmar Mendes, votara no sentido de negar seguimento à ADI, tendo sido acompanhado pelos Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso e Ellen Gracie.

emanadas do Conselho Nacional de Saúde, a partir de uma incursão no Direito Comparado[3]. Na verdade, as diretrizes não constituem uma figura jurídica recente, tampouco uma exclusividade do Conselho Nacional de Saúde. Desde o princípio do século XX, noções peculiares de "diretriz" (também chamadas de "diretivas") vêm sendo aplicadas pela doutrina do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito Econômico e do Direito Civil em sistemas jurídicos tão distintos quanto o alemão, o francês ou o italiano. Em qualquer uma dessas ocorrências, porém, a própria origem semântica do termo "diretriz" já indica, de partida, as possibilidades de seu emprego e utilização no plano do Direito: "a palavra diretriz é um substantivo derivado, segundo o Dicionário Georges-Calonghi, do radical latino 'dis-rego' comum ao verbo 'dirigo' (dirigir, endereçar) e a outros substantivos como 'director', 'directio', de significado evidente".[4]

Enquanto categoria juridicamente definida, a diretriz nasceu como "diretriz da política" ("Richtlinie der Politik") no seio do Direito Constitucional alemão. É na Constituição de Weimar, de 1919, cujo art. 56 atribuía ao chanceler a competência para fixação das diretrizes políticas do Reich, a serem concretizadas pelos seus ministros, que se encontra a primeira manifestação positiva dessa figura jurídica[5]. Na ordem constitucional inaugurada com a nova Lei Fundamental, em 1949, tanto a "competência diretiva" (Richtlinienkompetenz) do Chanceler Federal alemão como a margem de

3 Algumas das considerações lançadas a seguir, embora sob outro enfoque, já foram iniciadas em FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. As Diretivas Comunitárias: Elementos para uma Teoria Geral. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** v. 9, n. 37, p. 07-26, out./dez. 2001.

4 Trad. nossa de CAPELLI, Fausto. **Le Direttive Comunitarie**. Milano: Giuffré, 1983, p. 08, *his verbis*: *"L'origine semantica del termine non si presta ad alcun equivoco. La parola 'direttiva' è un sostantivo ricavato, secondo il dizionario Georges-Calonghi, dalla radice latina 'dis-rego' comune al verbo 'dirigo' (dirigere, indirizzare) e ad altri sostantivi como 'director', 'directio', di significato evidente."*

5 CAPELLI, Op. cit., p. 14, e SCIULLO, Girolamo. **La Direttiva nell'Ordinamento Amministrativo**. Millano: Giuffrè, 1993. p. 35. O art. 56 da *Weimarer Reichesverfassung*, de 11 de agosto de 1919, ao mesmo tempo em que concedia ao chanceler uma "competência diretiva" (*Richtlinienkompetenz*) sobre o governo, dividia com todo o colegiado de ministros – o Gabinete – a responsabilidade política perante o parlamento (Gusy, Christoph. *Die Weimarer Reichesverfassung*. Tübingen: SIEBECK, Mohr 1997, p. 135, e KRÖGER, Klaus. **Einführung in die Jüngere Deutsche Verfassungsgeschichte** *(1806-1933)*. München: C. H. Beck, 1988, p. 145). Aquele texto constitucional estatuía *verbum ad verbum*: *(1) Der Reichskanzler bestimmt die Richtlinien der Politik und trägt dafür gegenüber dem Reichstag die Verantwortung. Innerhalb dieser Richtlinien leitet jeder Reichsminister den ihm anvertrauten Geschäftszweig selbständig und unter eigener Verantwortung gegenüber dem Reichstag (O hanceler do Reich define as diretivas da política e por elas responde perante o Reichstag) No quadro dessas diretivas, cada Ministro do Reich conduz os negócios a ele confiados de modo independente e sob sua própria responsabilidade perante o Reichstag*, segundo a nossa tradução).

atuação discricionária dos ministros federais, limitada pelas diretrizes políticas dadas pelo Bundeskanzler, foram preservadas pelo art. 65º da Constituição germânica do pós-guerra[6]. A partir dessas primeiras manifestações de ordem político-constitucional, as diretrizes invadem, paulatinamente, diversas outras zonas de aplicação.

Para além das diretrizes políticas alemãs, também no campo do Direito Privado as diretrizes encontraram ampla utilidade, de modo que mereceram expressa referência, entre outros, no Código Civil italiano, em seus arts. 861, 2147, 2167 e 2174, por exemplo (SCIULLO, op. cit., p. 35). É, ademais, do Direito Italiano que advêm numerosos exemplos de utilização de diretrizes como instrumento da intervenção do Estado na economia, as chamadas "direttive economiche"[7], já agora numa perspectiva de manifestação e instrumento do Poder Hierárquico do órgão ou entidade de onde emana a diretiva em relação ao seu destinatário. Também foi na arena das medidas de direção econômica que CANOTILHO[8], há tempos, indicou a existência das diretrizes em um problemático lugar algures entre a norma jurídica e o ato jurídico.[9]

Na seara do Direito Administrativo, conforme assinalam BOULOUIS[10], CAPELLI (Op. cit., p. 10) e SCIULLO (Op. cit., p. 01), coube ao Professor MAURICE HAURIOU, no ano de 1925, manifestar uma das primeiras teorizações dogmáticas conhecidas acerca dessas disposições normativas ao se pronunciar sobre o acórdão "Association amicale du personnel de la Banque de France" do Conseil d'État francês, no qual uma diretriz administrativa do Banco Central da França era questionada. Nesses primeiros anos de desenvolvimento e amadurecimento doutrinário, a

6 *Der Bundeskanzler bestimmt die Richtlinien der Politik und trägt dafür die Verantwortung. Innerhalb dieser Richtlinien leitet jeder Bundesminister seinen Geschäftsbereich selbständig und unter eigener Verantwortung [...]. O Chanceler Federal fixa as diretivas da política e assume a responsabiliade por elas. No âmbito dessas diretivas, cada Ministro Federal dirige o seu ministério de forma independente e sob a própria responsabilidade. [...]. Tradução* nossa. Ainda na Alemanha contemporânea, é resguardada pelo seu Direito Administrativo a possibilidade de uma autoridade pública dirigir ordens ou comando administrativos a subordinados mediante a expedição de uma "diretriz", *"Richtlinie"* em alemão (MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. Munique: C.H.Beck, 2000. p. 604-605).

7 D'ALBERGO, Salvatore. Direttiva. In: AA.VV. **Enciclopedia del Diritto**.. Milano: Giuffrè, 1964. p. 609. v.12.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974. p. 201-202.

9 Na fronteira entre Direito e economia, exemplos de "diretrizes" são utilizados também na União Européia, no MERCOSUL e na União Africana.

10 BOULOUIS, Jean. **Sur une Catégorie Nouvelle d'Actes Juridiques**: Les Directives. In: WALINE, Marcel (avant-propos). **Recueil d'Études en Hommage a Charles Eisenmman**. Paris: Cujas, 1975. p. 191.

diretriz (ou diretiva) representava um ato administrativo interno que continha "um embrião de regra jurídica"[11] com a finalidade de autolimitar um poder discricionário através de uma declaração de intenções – "une règle que le pouvoir s'impose à lui même"[12]. Em que pese a inexistência de expressas referências legislativas ou regulamentares ao termo "diretriz", a partir de então, não foram raras as oportunidades em que se puderam constatar, na Administração ou na jurisprudência administrativa francesas, menções às diretrizes nos mais distintos campos de aplicação: ordenação urbanística do território, emanações do Ministro da Defesa aos comandos militares regionais, estabelecimento de medidas sociais relativas a habitações, deliberações da comissão interministerrial de tarifas, disciplinamento do pagamento de indenizações por viagens de servidores públicos etc.[13] Atualmente, para a dogmática jus-administrativista francesa, as diretrizes compõem, ao lado das circulares, aquela espécie de atos denominados genericamente de "atos unilaterais não decisórios" ("actes unilatéraux non décisoires"), cuja função principal é preparar ou moldar a posterior tomada de decisão pela autoridade administrativa, sempre no intuito de harmonizar, organizar e racionalizar o agir administrativo, evitando contradições ou discriminações involuntárias.[14]

Traço comum a todas essas diretivas políticas, civilísticas, econômicas ou administrativas é o fato de se destinarem a orientar a ação dos seus destinatários, deixando-lhes, porém, a responsabilidade pela execução dos atos. Desse modo, pode-se entender que a diretriz é um fenômeno heterônomo e que apenas se concretiza por intermédio de outras medidas, de autoria de seus destinatários (DELVOVÉ, op. cit. p. 459-460). Na maior parte dos casos, as diretrizes previstas nos ordenamentos jurídicos nacionais enquadram-se no modelo jurídico-normativo que o filósofo NORBERTO BOB-

11 HAURIOU, Maurice. Police Juridique et Fond du Droit. **Revue Trimestrielle de Droit Civil,** ano 25, n. 2, p. 264-312, p. 271, abr./jun. 1926. Nesse artigo, o Prof. Hauriou traça uma distinção entre as diretrizes francesas e os "standards" do ordenamento jurídico inglês.

12 HAURIOU, Maurice. Comentários ao Acórdão. Association amicale du personnel de la Banque de France do Conselho de Estado. **Recueil Général des Lois et des Arrêts** (Rec. Sirey). III parte, p. 33-37, 1925, p. 33.

13 DELVOLVÉ, Pierre. **La Notion de Directive**. *L'Actualité Juridique Droit Administratif*. p. 459-473, outubro 1974.

14 CHAPUS, René. **Droit Administratiff General**. Paris: Montchrestien, 2001. p. 511 e 519. Tome 1; CLIQUENNOIS, Martine. **Que Reste-t-il des Directives?** L'Actualité Juridique Droit Administratif. n. 01, p. 03-14, jan. 1992.

BIO chamou de "normas diretivas", ou seja, "aquelas normas que impõem ao destinatário a obrigação, não de respeitá-las, mas de as ter presentes, delas se desviando apenas com base numa justificação fundamentada" [15]. Nesse mesmo sentido, René Chapus (2001, p. 520) menciona que, ao contrário dos règlements do Direito Administrativo francês, as diretrizes não decidem, apenas orientam, de modo que a diretriz não priva definitivamente a autoridade administrativa de sua liberdade de apreciação das circunstâncias do caso concreto, todavia, ausentes quaisquer motivos superiores de interesse geral, a autoridade pública deve curvar-se à orientação definida pela diretriz administrativa, e não pode negar-se a dar-lhe cumprimento. Em outras palavras, uma diretriz só pode ser derrogada sob especialíssimas condições, derivadas "do interesse geral ou de características particulares do caso concreto" (CLIQUENNOIS, 1992, p. 06). Desse fato resulta que as diretrizes administrativas são tão oponíveis pela Administração aos seus administrados quanto são exigíveis pelos administrados à sua Administração (CHAPUS, 1992, p. 521). Dito de outra maneira, isso significa dizer que as diretrizes têm juridicidade suficiente para servir de fundamento aos controles externos (judiciais, administrativos e sociais) da Administração Pública.

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

Não é surpresa constatar que nem todo Direito está reduzido à lei – a supervalorização contemporânea de princípios constitucionais e a crescente importância dos regulamentos técnicos para o disciplinamento da vida quotidiana, apenas reafirmam que o fenômeno jurídico transcende à letra da lei e à legalidade formal. A idéia de que o Direito não cabe na lei não é nova, e se acentua com a pós-modernidade[16]. Com efeito, a Lei Fundamen-

15 BOBBIO, Norberto. Norma. In: AA.VV.. **Enciclopédia Einaudi,** Lisboa, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, v. 14, p. 104-137, p. 117, 1989.

16 São traços marcantes da pós-modernidade, com muitas implicações no perfil da legalidade, o desprestígio da razão e do Estado, a publicização do espaço privado e a desestatização do espaço público, o prestígio do virtual, do veloz, do efêmero, do volátil.

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

A adjetivação do Direito como soft *(soft law)* não tem o condão de retirar-lhe a natureza jurídico-normativa. Apenas indica que se trata de um Direito diferente (*soft*), mas ainda assim Direito[17]. O Prof. HARTMUT HILLGENBERG elenca algumas razões por que pode ser evitado o hard law em certas ocasiões, a saber: necessidade de estimular posteriores desenvolvimentos ainda em progresso; criação de regimes mais flexíveis a serem desenvolvidos em estágios; necessidade de coordenar legislações diversas; preocupação de que as relações jurídico-políticas serão sobrecarregadas por um Direito "hard", com o risco de colapso e deterioração nas relações estabelecidas; procedimentos mais simples e negociações mais informais; é, por fim, uma forma de evitar-se o embaraçoso processo de aprovação legislativa[18]. Todos esses argumentos podem legitimamente ser empregados quando se listam as numerosas atribuições e implicações do Conselho Nacional de Saúde.

3 O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE E A MÁXIMA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

Ora, o Conselho Nacional de Saúde brasileiro é um órgão público federal, vinculado ao Ministério da Saúde do Brasil e dotado de inquestionável

17 NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional:** um Estudo sobre a Soft Law. São Paulo, Atlas, 2005. p. 26.

18 HILLGENBERG, Hartmut. A Fresh Look at Soft Law. **European Journal of International Law.** v. 10, n. 3, p. 499-515, p. 501, 1999.

legitimidade em matéria de decisões relativas à saúde. Do seu plenário fazem parte representantes dos Conselhos Nacionais de Secretários Estaduais e Municipais de Saúde (CONASEMS e CONASS), além de muitos outros órgãos e entidades da sociedade civil e do Estado.[19] As diretrizes que o Conselho propôs para a implementação e avaliação das ações e serviços públicos de saúde procuraram apenas preservar o caráter diretamente finalístico das despesas com saúde: para efeito da aplicação da Emenda Constitucional nº 29/2000, devem ser considerados os gastos de responsabilidade específica do setor de saúde, de modo que não se confundam com despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que com reflexos sobre as condições de saúde. A limpeza pública e o saneamento básico certamente têm repercussão na saúde pública, mas apenas de maneira indireta ou reflexa; ademais, têm financiamento próprio, mediante a taxa de lixo e a taxa de esgoto. Assim, com fundamento em Norberto Bobbio e Chapus, citados acima, não parece razoável o ente federativo desviar-se das diretrizes legítima e nacionalmente estabelecidas, já que não há nenhuma justificação fundamentada para tanto. Não parece acertado tentar substituir uma decisão plenária de um Conselho Nacional sobre políticas de saúde pela discricionariedade de um único Prefeito Municipal ou Governador de Estado que pretenda, na verdade, diminuir ou escamotear os condicionamentos constitucionais do orçamento público.[20]

Como se isso tudo não bastasse, a interpretação pretendida por muitas Prefeituras e Governos Estaduais não é adequada ao "princípio da

19 Nos termos do art 1º do Decreto nº 4.699, de 19 de maio de 2003, o Conselho Nacional de Saúde, presidido pelo Ministro de Estado da Saúde, é integrado por quarenta membros titulares e tem a seguinte composição: (1) sete representantes de entidades nacionais de portadores de patologias e deficiências; (2) um de confederações nacionais de entidades religiosas; (3) dois de centrais sindicais; (4) um de entidades nacionais de aposentados e pensionistas; (5) um de entidades nacionais de trabalhadores rurais; (6) um de entidades nacionais de associações de moradores e movimentos comunitários; (7) um de entidades nacionais de empresários da indústria; (8) um de entidades nacionais de empresários do comércio; (9) um de entidades nacionais de empresários da agricultura; (10) um das sociedades nacionais para pesquisa científica; (11) um de entidades nacionais de organizações indígenas; (12) um de entidades nacionais de movimentos organizados de mulheres em saúde; (13) um de movimentos nacionais populares; (13) sete de entidades nacionais de trabalhadores em saúde; (14) dois da comunidade científica; (15) um de entidades nacionais dos médicos; (16) seis de gestores federais; (17) um do Conselho Nacional de Secretários de Saúde - CONASS; (18) um do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - CONASEMS; e finalmente (19) dois representantes de prestadores de serviços de saúde.

20 É oportuno sublinhar que a Resolução 322/2003 do Conselho Nacional de Saúde foi precedida pela Portaria 2.047/02, do Ministério da Saúde, de idêntico conteúdo. Ao ser "chancelada", a portaria ministerial adquiriu renovada legitimidade.

máxima efetividade", próprio da hermenêutica constitucional contemporânea. Segundo esse princípio, na interpretação das normas da Constituição, deve-se-lhes atribuir o sentido que lhes empreste maior eficácia. O princípio da máxima efetividade significa o abandono da hermenêutica tradicional, ao reconhecer a supernormatividade dos princípios e valores constitucionais, principalmente em sede de direitos fundamentais – como, in casu, o direito fundamental à saúde[21]. Em resumo, como bem ensina CANOTILHO, "no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais".[22] A interpretação restritiva da Emenda Constitucional nº 29, dada pelas diretrizes do Conselho Nacional de Saúde, garantem e maximizam o caráter diretamente finalístico das despesas com saúde, aumentando, assim, a eficácia social dos gastos realizados pelo Poder Público.

4 CONCLUSÃO

Ora, o direito à saúde é um direito fundamental e, como já ressaltado alhures[23], os direitos fundamentais, após a Constituição de 1988, passaram

21 Sobre a fundamentalidade do direito à saúde, ensina-nos o eminente Prof. Dr. INGO WOLFGANG SARLET: *A saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por esta razão, assim são designados) na nossa ordem constitucional. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas "cláusulas pétreas") da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. A respeito de cada um destes elementos caracterizadores da assim denominada fundamentalidade formal, notadamente sobre o seu sentido e alcance, ainda teremos oportunidade de nos manifestar. Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que - dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana - parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários. Por tudo isso, não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física.* (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, n.10, janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br).

22 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1208.

23 FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. A Ilusão de Robin Hood: a Conta Única dos Depósitos Judiciais e os Riscos sobre a Ordem Econômica. **Revista de Direito Público da Economia,** n. 05, p. 65-66, jan./mar. 2004.

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

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Norma. In: AA.VV. **Enciclopédia Einaudi**, Lisboa, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, v. 14, p. 104-137, 1989.

BOULOUIS, Jean. Sur une Catégorie Nouvelle d'Actes Juridiques: Les Directives. In: Waline, Marcel (avant-propos). **Recueil d'Études en Hommage a Charles Eisenmman.** Paris: Cujas, 1975. p. 191-203.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPELLI, Fausto. **Le Direttive Comunitarie**. Milano: Giuffré, 1983.

CHAPUS, René. **Droit Administratiff General**. Paris: Montchrestien, 2001. Tome 1.

CLIQUENNOIS, Martine. Que Reste-t-il des Directives? **L'Actualité Juridique Droit Administratif**, n. 01, p. 03-14, jan.1992.

D'ALBERGO, Salvatore. **Direttiva**. In: AA.VV. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1964. p. 602-613. v. XII.

DELVOLVÉ, Pierre. La Notion de Directive. **L'Actualité Juridique Droit Administratif,** p. 459-473, out. 1974.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. As Diretivas Comunitárias: Elementos para uma Teoria Geral**. Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 9, n. 37, p. 07-26, out./dez. 2001.

_____. A Ilusão de Robin Hood: a Conta Única dos Depósitos Judiciais e os Riscos sobre a Ordem Econômica. **Revista de Direito Público da Economia,** n. 5, p. 61-67, jan./mar. 2004.

GUSY, Christoph. **Die Weimarer Reichesverfassung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

HAURIOU, Maurice, Comentários ao Acórdão "**Association amicale du personnel de la Banque de France**" do Conselho de Estado. Recueil Général des Lois et des Arrêts (Rec. Sirey). III parte, p. 33-37, 1925.

HAURIOU, Maurice. Police Juridique et Fond du Droit. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, ano 25, n. 2, p. 264-312, abr./jun. 1926.

HARTMUT. A Fresh Look at Soft Law. **European Journal of International Law**, v. 10, n. 3, p. 499-515, 1999.

KRÖGER, Klaus. **Einführung in die Jüngere Deutsche Verfassungsgeschichte:** 1806-1933. München: C. H. Beck, 1988.

MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht.** Munique: C.H.Beck, 2000.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional**: um Estudo sobre a Soft Law. São Paulo: Atlas, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 10, jan. 2002. Disponível em:<http://www.direitopublico.com.br>.

SCIULLO, Girolamo. **La Direttiva nell'Ordinamento Amministrativo**. Millano: Giuffrè, 1993.