

Revista de  
**Direito Econômico e  
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



# **REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

vol. 8 | n. 1 | janeiro/abril 2017 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | [www.pucpr.br/direitoeconomico](http://www.pucpr.br/direitoeconomico)

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



## **Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde**

*Deliberative democracy, decision theory and its repercussions in the social control of health public expenditure*

**Caroline Müller Bitencourt\***

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)  
carolinemb@unisc.br

**Janriê Rodrigues Reck\*\***

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)  
janriereck@unisc.br

Recebido: 12/01/2017  
Received: 01/12/2017

Aprovado: 15/04/2017  
Approved: 04/15/2017

Como citar este artigo/*How to cite this article*: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17652.

\* Professora do Doutorado, Mestrado e Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Advogada. E-mail: carolinemb@unisc.br

\*\* Professor do Doutorado, Mestrado e Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Procurador Federal. E-mail: janriereck@unisc.br

## Resumo

Este trabalho versa sobre as relações entre controle social, Democracia Deliberativa e despesas em saúde no Brasil. Tendo em vista as contribuições advindas da Democracia Deliberativa e da teoria da decisão, o problema que orienta este trabalho é: de que modo é possível reconstruir e problematizar as o regime jurídico do controle social da despesa pública em saúde? A hipótese é a de que a teoria da Democracia Deliberativa pode ilustrar a leitura da Constituição, particularmente acerca da forma como são tomadas as decisões públicas e jurídicas, e especialmente no campo do estabelecimento das despesas em saúde, para os fins de construção de um regime jurídico de controle. Justifica-se socialmente o trabalho, tendo em vista a relevância do direito à saúde na comunidade brasileira e a necessidade de mais e melhores parâmetros de análise. Cientificamente, o tema da despesa em saúde é pouco tratado mesmo sob um aspecto dogmático, quiçá científico. Objetiva-se, assim, melhorar a observação científica sobre o tema para repercutir em uma dogmática do controle social da despesa pública. O trabalho utiliza a matriz pragmático-sistêmica como referencial, e se realiza monograficamente, a partir da conjugação de textos.

**Palavras-chave:** democracia deliberativa; decisão; despesa; saúde; controle social.

## Abstract

*This paper works with the relationship between social control, Deliberative Democracy and health expenditure in Brazil. The problem that guides this article is demonstrate the relations between the legal regimen of public expenditure and the social control, considering the contributions coming from Deliberative Democracy and decision theory. The hypothesis is that the theory of Deliberative Democracy can illustrate the reading of the Constitution, particularly about the way in which public and legal decisions are made, and especially in the field of health expenditure, for the purpose of constructing a regime of social control. In the social perspective, the justification comes from relevance of the right to health in the Brazilian community and the need for more and better parameters of analysis. Scientifically, the subject of health expenditure is hardly treated even in a dogmatic, perhaps scientific, aspect. The objective is, therefore, to improve the scientific observation on the subject to reflect on a dogmatic of the social control of public expenditure. The work uses the pragmatic-systemic matrix as a reference, and is performed monographically, from the conjugation of texts.*

**Keywords:** deliberative democracy; decision; health; public expenditure; social control.

## 1. Introdução

Este artigo versa sobre as relações entre Democracia Deliberativa, decisão e argumentação jurídica e despesas em saúde no Brasil. O tema é multidisciplinar, já que envolve Teorias da Democracia ao se buscar os modelos de Democracia conectados com o tema da saúde, envolvendo também Filosofia do Direito, notadamente com reflexões acerca do sentido de decisão e argumentação, e Direito Constitucional e Direito Financeiro, ao se reconstruir o regime jurídico da despesa pública em sua conexão com o direito à saúde e sua política pública. A contemporaneidade é o marco delimitador temporal do trabalho, principalmente a partir da edição Lei Complementar nº 141, de 2012.

O problema que move este trabalho é: quais são as relações entre o regime jurídico da despesa pública e o controle social, tendo em vista as contribuições advindas da Democracia Deliberativa e da teoria da decisão?

A hipótese é no sentido de que noções tais como deliberação, racionalidade procedimental, discursos de fundamentação, concepções sistêmicas de decisão e argumentação,<sup>1</sup> podem contribuir para o enriquecimento do regime jurídico da despesa em saúde no Brasil.

Objetiva-se, em um primeiro momento, investigar as relações entre direito à saúde e Democracia deliberativa, para fins de formação de uma visão mais complexa que justamente vai prover o subsídio para, em conjunção com as contribuições sistêmicas acerca da decisão e da argumentação, reconstruir o regime jurídico da despesa em saúde no Brasil, possibilitando, ao final, estabelecer alguns marcos reflexivos para o controle social da despesa pública em saúde.

## 2. O projeto da Constituição brasileira de 1988 para a saúde e seu caráter deliberativo

A Constituição Brasileira, assim como a maior parte das Constituições contemporâneas, é um documento que estabelece um compromisso entre diversos interesses. Muito embora existam muitas e diversas referências principiológicas, as quais, na matriz aqui adotada, fundamentam-se em discursos de justificação com base em argumentos

---

<sup>1</sup> Sobre a argumentação jurídica, conferir a contribuição de LEAL, 2014, a respeito da teoria de Robert Alexy.

principalmente morais, transformando-se em jurídicos após a deliberação pública, é certo que estas decisões em forma de princípios se materializam em comandos muito genéricos, justamente porque estabelecidas de compromissos ambiciosos, mas ao mesmo tempo advindos de interesses antagônicos:

Discursos de justificação são os discursos utilizados para a construção das normas jurídicas. Eles marcam a separação, através do procedimento, entre os argumentos que dão base ao Direito precisamente dito, enquanto sistema de coordenação de ações. De modo mais simples: é o discurso no qual as pessoas que estão legislando ou influenciando na legislação criam o Direito, ao justificarem suas posições. (GÜNTHER, 2004).

Pode-se dizer, com Sunstein (2010, p. 294-317), que este caráter genérico contribui para a legitimidade do texto constitucional. Por outro lado, faz com que seja necessário o estabelecimento de um ferramental sofisticado de interpretação. Conforme o modelo hermenêutico de Habermas (1997), o sentido constitucional só emerge dentro de um paradigma e teorias compreensivas.

Assim, além de ser necessário contrastar a Constituição Federal com diferentes teorias da justiça, para fins de ajudar a construir uma decisão, atualizá-la dentro do contexto contemporâneo e colocá-la dentro de um modelo de interpretação, é também essencial para compreender as decisões tomadas na Constituição entender o modelo de democracia ali presente.

Como não há um modelo de democracia imanente que *exsurge* da Constituição, devendo evidentemente, ser construído, as decisões sobre democracia presentes na Constituição, que são aparentemente caóticas, serão *observadas*<sup>2</sup>, isto é, construídas/descritas. A descrição/construção ajudará na fundação de uma coerência que não existe nos complexos e desordenados comandos constitucionais. Esta construção de uma coerência pode-se se dar a partir dos modelos normativos de democracia previstos por Habermas. Repetindo-se a operação aqui proposta: observam-se as decisões aparentemente caóticas e sem harmonia do texto constitucional acerca de

---

<sup>2</sup> Ao contrário da ideia de passividade que o uso de tal termo pode denotar, trata-se aqui de utilizar o termo *observação* conforme o seu significado para a Teoria dos Sistemas, já que esta é uma das matrizes deste trabalho. Por observação compreenda-se não simplesmente uma ideia impossível de espelho da realidade, mas sim uma construção do sistema.

democracia e se tenta construir uma observação coerente a partir de uma teoria da democracia<sup>3</sup>.

Habermas oferece uma teorização da democracia propondo três modelos normativos. Note-se que se tratam de modelos normativos, e não de modelos empíricos ou tipos ideais. Significa que Habermas está voltado para as construções filosóficas de democracia que são agrupadas conforme suas semelhanças familiares. Habermas (2002) disserta, então, sobre a Democracia Liberal, a Republicana e a Deliberativa. Senão observe-se rapidamente as características destes três modelos: A democracia Liberal: o processo político é visto como uma luta de posições com a finalidade de programação da Administração Pública, a qual é vista como radicalmente separada da sociedade. Os cidadãos são sujeitos portadores de direitos básicos fundamentados em valores pré-políticos, isto é, em concepções jusnaturalistas de mundo. Os únicos argumentos que cabem em um processo político são os argumentos de auto interesse. Estes argumentos pragmáticos servem tanto para manutenção dos direitos básicos como para uma busca equilibrada de diferentes projetos individuais de realização pessoal. O outro é visto como um potencial concorrente, servindo os processos democrático para a negociação da compatibilização dos interesses. O que importa é a Administração criar condições para o mercado resolver as questões conforme o auto interesse de cada um. (HABERMAS, 2002).

Conectando-se com a Constituição Brasileira e especificamente com a questão da saúde, é possível notar que tal concepção não se amolda à uma boa leitura da Constituição da República Federativa do Brasil. De fato, a Administração Pública no Brasil não é só um aparato destinado à conservação e implementação de contratos privados, já que diversos serviços públicos são atribuídos por ela, a Constituição, aos poderes públicos.<sup>4</sup> Também os artigos inaugurais da Constituição, ao estabelecerem diversos objetivos<sup>5</sup> para a República, e não para o indivíduo, demonstram

---

<sup>3</sup> Há um certo parentesco com o princípio da unidade constitucional, de Canotilho, muito embora aquele seja elaborado como uma busca de harmonia geral, e não de forma segmentada por campos do conhecimento, como elaborado aqui.

<sup>4</sup> Essa vinculação entre os Estados Constitucionais que adotam um modelo social e o dever de prestação de serviços públicos é ressaltada por DURAN MARTÍNEZ, 2015.

<sup>5</sup> Configurando-se, assim, uma Constituição dirigente. Ainda no campo dessa discussão, Dantas, ao investigar o constitucionalismo dirigente em termos de Constituição brasileira, entende que o dirigismo deve instituir linhas materialmente vinculantes em relação não

que a Constituição da República do Brasil não adota uma perspectiva liberal de democracia. A Constituição Federal, ao estabelecer múltiplos mecanismos de participação, conjugados com mecanismos de proteção da esfera pública e da moralidade dos processos legislativos e eleitorais demonstram que a política não se resume a um mercado e suas respectivas lógicas de tomada de posição concorrenciais. Por derradeiro, não há problemas em compreender a Constituição Federal de 1988 em uma perspectiva de uma Constituição dirigente que vincula o legislador a uma série de tarefas constitucionais a serem realizadas através de programas normativos (BERCOVICI, 2014), mas há de se compreender a teoria da Constituição dirigente no âmbito e no espaço em que a Constituição brasileira mostre-se dirigente em relação aos seus conteúdos, ou seja, a Constituição não traz nota de subjetividade no sentido de permitir sua justicialidade a todos os direitos sociais e muito menos a políticas públicas, que nos termos constitucionalmente postos referem-se aos meios para realizar os fins – programas e não direitos. Note-se que parece também esta ser a conclusão a que o autor chega quando se trata de políticas públicas:

Não obstante as reticências – ideológicas, doutrinárias e jurídico-constitucionais – relativamente a inserção de um catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais da carta magna de um país, sempre entendemos que o livre desenvolvimento da personalidade e defesa da dignidade postulam ética e juridicamente a positividade constitucional dos chamados “direitos sociais”.<sup>6</sup> Mas uma coisa é recortar juridicamente um catálogo de direitos da segunda e terceira geração e, outra, fazer acompanhar a positividade dos direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, e para dar um exemplo, se para nós é indiscutível a consagração constitucional de um direito de acesso a todos os graus de ensino, não só porque isso pode rigidificar demasiadamente a política pública de ensino, mas também porque pode lançar a Constituição nas querelas dos “limites estado social e da ingovernabilidade”. Acresce que a consagração de certos postulados – a gratuidade de todos os graus de ensino – pode apontar para a solução

---

apenas ao problema da omissão, mas também e com maior relevo da formulação, implementação, execução e controle de políticas públicas, vez que, segundo o autor não se poderia “descurar da inter-relação e da interação entre programas constitucionalmente vinculante da atividade de direção política e de políticas públicas. (DANTAS. 2009, p. 335).

<sup>6</sup> Nesse sentido, ver: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2015; SARLET, ZOCKUN, 2016.

claramente em dissintonia com a própria mensagem emancipatória que justificou sua inclusão no Texto Constitucional. (CANOTILHO, 2006, p. 117-118)

Uma outra alternativa de observação da Constituição seria a partir da Democracia Republicana ou Comunitarista. Habermas (2003) descreve este modelo democrático como aquele onde predominam, nos discursos de justificação de normas, argumentos éticos, isto é, argumentos que representariam as tradições e costumes de uma determinada comunidade. O processo político representaria a reprodução crítica desta mesma comunidade. Há uma assimilação entre Administração Pública e sociedade, no sentido hegeliano do termo, sendo o Estado a sociedade politicamente organizada. Há ênfase nos projetos coletivos de felicidade. Os direitos são conquistas históricas e deliberativas de uma determinada comunidade. A realização pessoal acontece dentro do processo político, e não no mercado, como na perspectiva liberal.

É real que a Constituição de 1988 possui forte cor comunitarista. O próprio momento de 1988, marcando a superação do difícil período de ditadura militar, torna compreensível a criação de tão forte teor comunitarista. Este teor não aparece só, como já visto, no estabelecimento de objetivos e princípios que não são voltados somente à realização da vida individual (mas sim que estabelecem projetos coletivos de felicidade baseados em uma perspectiva ética de auto entendimento de uma comunidade), mas também no preâmbulo da Constituição. Isso é possível de ser observado através do uso de termos tais como “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, ou seja, o Poder Público não reconhece uma gama de direitos jusnaturais, mas sim os constitui, ou então “justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” – onde, se o modelo de Constituição fosse meramente mercadológico, não seria regida por uma ideia de justiça, evidentemente. Além disto, note-se que a harmonia social está conectada com uma perspectiva oposta à de seres egoístas e auto interessados, como é o caso da perspectiva liberal.

A despeito da forte cor comunitarista<sup>7</sup> da Constituição de 1988, há alguns elementos interessantes na teoria da Democracia Deliberativa que podem ajudar a lançar luzes na interpretação da Constituição. O processo

---

<sup>7</sup> Sobre tal perspectiva ver CITTADINO, 2004.

democrático para a Democracia Deliberativa *também* pode ser um processo de auto entendimento comunitário; seu foco, contudo, é a criação/ampliação de direitos e procedimentos que permitam o fluxo comunicacional desde a esfera pública até o processo de tomada de decisão política. Cada uma das decisões deste fluxo está fundamentada racionalmente em discursos. Habermas, deste modo, lança um modo de se observar a Democracia que se diferencia dos demais: ao contrário do liberalismo, onde a arena política é um espaço de busca agressiva por posições, mas também diferente do comunitarismo, já que os processos de auto entendimento comunitário, por estarem baseado na tradição, não alcançam exigências de racionalidade universal. Nesta linha, os discursos estão abertos tanto à argumentação pragmática de auto interesse individual, como também para os projetos de vida coletivos, mas também, e isto é importante, para argumentos de teor universalista, que Habermas (2003) chama de morais. Em uma democracia deliberativa, como não há nem uma comunidade pré-política, e tampouco direitos pré-políticos, a noção de uma sociedade e de um Direito que são construídos por decisão alcança sua expressão máxima. Os direitos fundamentais, a despeito de históricos, são condições necessárias não só pela racionalidade e justeza de sua fundamentação, mas também como pressupostos necessários para qualquer processo deliberativo.

Estas noções são interessantes para ajudar na interpretação da Constituição de 1988. A Constituição de 1988 estabelece, como visto, projetos coletivos. É certo, também, que ao estabelecer princípios como a dignidade e a livre iniciativa e direitos como a autonomia e liberdade também permitiu e estimulou a busca negociada da realização dos projetos individuais de vida. É interessante pensar, contudo, que a Constituição de 1988 também possui alguns direitos de forte teor universalista. Direitos como a educação e a saúde, apesar do caráter ético de serem sempre uma promessa não cumprida da sociedade brasileira, também se configuram como direitos morais na perspectiva de Habermas, isto é, dotados de universalidade intersubjetiva<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> A fundamentação de uma moral universalista, isto é, aquela cujas proposições se projetam para além do contexto espacial e temporal, se encontra em HABERMAS, 1989. Importante lembrar que Habermas diferencia Direito e Moral. Ocorre que o primeiro é formado discursivamente, através de decisões em processos deliberativos embasados em argumentos, dentro os quais reside, precisamente, o argumento moral.

Estes direitos são particularizados na Constituição Federal como conquistas históricas, e não como pré-concebidos de forma jusnaturalista. Eles não estão formatados de modo completo, jogando para os processos deliberativos nacionais e locais a sua efetivação. Há, assim, um grande espaço deliberativo. Apesar disso, os processos de participação, se bem que fomentados pela Constituição, não são constitutivos da sociedade brasileira.<sup>9</sup> A Constituição estabelece diferenças entre sociedade civil e Administração, dando uma certa autonomia para esta última na forma de operações que Habermas chama de pragmáticas<sup>10</sup>.

Assim como a Constituição como um todo é mais adequadamente lida através de um prisma deliberativo, também o é especificamente o Direito à saúde. A partir da Democracia deliberativa consegue-se obter uma série de ideias reitoras para a construção do regime jurídico da despesa em saúde, a ser realizada no penúltimo capítulo. Mas é possível enumerar, tais como: a) caráter histórico do direito à saúde, e não metafísico, jusnaturalista e pré-político; b) sociedade e principalmente poder público responsável pela saúde, em afastamento à perspectiva liberal; c) caráter ético de uma missão, de todos os entes federativos, em realizar o projeto comunitário brasileiro de realização da saúde; d) a saúde não se dá via mercado, mas sim via serviço público; e) o cidadão é visto como um formulador de políticas, e não como um mero cliente do serviço; f) o discurso que embasa o direito à saúde não é unicamente ético, mas uma mescla de auto interesse, eticidade e moralidade universal; g) o regime de execução do direito saúde, com descrição de uma política pública complexa na Constituição,<sup>11</sup> com competências, formas de parceria, de execução dos serviços públicos, de despesas etc. também encontra fundamento em uma mescla de argumentos de auto interesse, éticos e morais; h) caráter aberto tanto do conceito de direito à saúde mas também da sua forma de efetivação, o que requer discursos de justificação e pragmáticos adicionais.

Estabelecidos estes marcos preliminares, precisa-se de subsídios teóricos para a construção de categorias mais complexas para se dar conta

---

<sup>9</sup> Sobre o tema da participação cidadã na Espanha, ver: CARMONA GARIAS, 2016.

<sup>10</sup> Habermas estabelece que em cada poder há uma predominância de espécies de discursos. Assim, no Judiciário, discursos de aplicação; no Legislativo, de justificação e na Administração Pública, pragmáticos. Tal divisão se encontra em HABERMAS, 1997.

<sup>11</sup> Sobre a gestão complexa e sistema de políticas públicas, ver: RECK, BITENCOURT, 2016, p. 131-151.

da decisão jurídica e da questão do controle, o que vai se conectar, precisamente, com o controle da despesa, ao final.

### 3. Decisão, controle e dogmática

Para Luhmann, decisão é uma operação que acontece tanto nos sistemas sociais como nos sistemas psíquicos<sup>12</sup>. A decisão é melhor explicada se for observada enquanto um todo procedimental (LUHMANN, 1997). É um processo onde no qual são geradas alternativas, a alternativa é escolhida e em seguida justificada, tudo isto em um determinado período de tempo fechado. A decisão vai produzir diferenças. Estas diferenças, no campo da sociedade, expressam-se em informações, que geram comunicações<sup>13</sup>, e estas acabam por se acoplar ao movimento do sistema, alterando-o. As decisões produzem diferenças<sup>14</sup>, sendo estas diferenças observadas e consensuadas.

Muito embora os conceitos de ação<sup>15</sup> e decisão, Habermas e Luhmann respectivamente, sejam conceitos diferentes, neste trabalho prefere-se mesclá-los. A decisão é um processo de geração de alternativas e de produção de diferenças no mundo. A decisão, contudo, como precisa ser justificada, necessariamente vai estar conectada com o conceito de ação. Assim, uma decisão é um processo de geração de alternativas e sua escolha, no tempo, justificadas por um discurso e passível de entendimento em uma situação hermenêutica, isto é, compartilhada por uma comunidade que se socializou em uma cultura assemelhada (HABERMAS, 2011).

O controle será, nesta perspectiva pragmático-sistêmica, a substituição de uma decisão por outra decisão. De fato, no sistema jurídico tem-se diversas decisões, todas conectadas umas às outras, formando a autopoiesis do sistema<sup>16</sup>. Há estruturas dentro do sistema jurídico são especializadas na revisão de outras decisões. Estas estruturas – regimes jurídicos, autoridades, órgãos – possuem a possibilidade de substituírem uma decisão por outra. Significa dizer que tanto pode ser revisitada a escolha

---

<sup>12</sup> Na perspectiva de Luhmann há sistemas vivos ou basais, psíquicos e sociais, sendo este último formado por comunicações. LUHMANN, 2007.

<sup>13</sup> Para Luhmann, comunicação também é uma unidade procedimental que envolve a emissão, informação e recepção. LUHMANN, 2001.

<sup>14</sup> Sobre Teorias dos Sistemas e diferença, ver CLAM, Jean. 2006.

<sup>15</sup> Conforme famoso conceito de Habermas em HABERMAS, 1999.

<sup>16</sup> Sobre sistema jurídico, ver LUHMANN, 2016.

da alternativa como também o próprio levantamento das alternativas possíveis.

Combinando novamente Habermas e Luhmann (1995, p. 285-298), este último irá fundamentar que o critério de substitutividade será a redundância com o sistema. Deverá permanecer a alternativa solucionada que mais enlace presente com o sistema jurídico. Já o primeiro, muito embora assim como Luhmann não trate especificamente do controle, elabora o conceito de discurso de aplicação, junto a Klaus Gunther, já citado. O discurso de aplicação é aquele, combinando uma universalidade de fatos relevantes com a universalidade de normas, escolhe a norma relevante para o caso. Deve ser fundamentada a escolha tanto da descrição da situação como do rol de normas e da norma adequada à situação.

O controle passa ser, assim, um nome genérico ou simbólico para unidade. Esta unidade representa órgãos, tempo, decisões e autoridades voltados à substituição de uma decisão por outra.

De fato, as decisões enlaçam-se umas às outras, e, com isto, geram o tempo do sistema (além da decisão, ela mesma, ter um tempo). Não é a qualquer tempo, contudo, que o controle (isto é, a substituição de uma decisão por outra) será possível. O sistema, para evitar a paralisia de ter a sua autopoiesis o tempo todo questionada e paralisada, cria momentos adequados ao questionamento. Estes momentos tanto podem vir expressos nos tradicionais programas condicionais <sup>17</sup> (ex.: uma norma diz expressamente a oportunidade de um recurso administrativo) como pode estar baseada em um direito geral de petição e controle da Administração Pública. Do mesmo modo, não é qualquer órgão: o controle sempre é exercido por órgãos especializados, como por exemplo os tribunais jurisdicionais <sup>18</sup> e administrativos. Mesmo o direito de petição, o qual consiste em direito genérico de questionar qualquer órgão da Administração Pública, encontrará normas de competência para a sua decisão. Finalmente, há um extenso e plural regime jurídico de procedimentos de controle, os quais são de difícil, porém não impossível, unificação e observação teórica.

---

<sup>17</sup> Ex.: 5 anos após a concessão de uma aposentadoria. LUHMANN, 1983.

<sup>18</sup> Ver, sobre sua caracterização, LUHMANN, 1990, p.149-168.

#### 4. As despesas de saúde como um dos núcleos do programa deliberativo para a saúde no Brasil

Dá-se por justificado o direito à saúde no Brasil. Ele encontra fundamento tanto no auto interesse (“posso querer ser atendido”), como em um plano ético (é uma promessa da comunidade brasileira desde o fim da ditadura) como finalmente uma justificativa moral (o mais alto nível de bem-estar é desejável a todos, em todos os lugares e em todos os tempos)<sup>19</sup>.

Ocorre que a Constituição não traz uma mera enunciação de um direito. A Constituição estabelece as linhas gerais da política pública de saúde para o Brasil. Estas linhas gerais podem também ser visualizadas a partir da matriz deliberativa. De fato, também a realização da saúde não se dá em um ambiente de pessoas egoístas buscando realizar apenas projetos individuais sem consideração ao outro. A Constituição estabeleceu um programa coletivo. A saúde será realizada através do poder público, mediante serviços públicos (com abertura, é claro, para a iniciativa privada, já que se trata de serviço público não privativo<sup>20</sup>). Estar no campo dos serviços públicos<sup>21</sup> significa que não só a formulação dos serviços, e também da política pública, está a cargo da política, permitindo o controle via democracia e não via mercado, mas também a própria execução do serviço público permite controles democráticos e administrativos, já que o serviço público é regido pelo regime jurídico administrativo, que possui o caráter da participação como uma das suas principais marcas.<sup>22</sup> Há, além disso, menção expressa da participação da comunidade na gestão dos serviços de saúde (art. 198, III). Note-se, portanto, claro distanciamento da perspectiva liberal<sup>23</sup>. A Constituição é claramente comunitária, mas, dado o fato de a

---

<sup>19</sup>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.

<sup>20</sup>Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

<sup>21</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

<sup>22</sup> Nesse sentido, destacam a participação como um dos traços marcantes do Direito Administrativo contemporâneo: CORREIA, 2016; BITENCOURT NETO, 2017.

<sup>23</sup> Fundamentado em GABARDO, 2009. p.3 96.

política pública não estar perfectibilizada em detalhes na Constituição Federal, necessitar constante acompanhamento, precisar ser controlada a partir de argumentos de várias ordens e ainda por cima conectar-se com múltiplos espaços locais, pode adquirir uma nova cor a partir da perspectiva deliberativa.

Dentro desta linha de uma política pública não perfectibilizada acerca da saúde, é interessante notar que esta evoluiu para expressar, no texto constitucional, uma preocupação com o seu financiamento. Direitos, evidentemente, só se realizam a partir de políticas públicas.<sup>24</sup> Desde a sua redação originária, o art. 195 trazia previsão de financiamento para a seguridade social (a qual, como se sabe, abrange a saúde, previdência e assistência social). Entretanto, não existia uma previsão que alocasse recursos de forma minimamente suficiente para a saúde. A partir da Emenda Constitucional 29 percentuais mínimos de aplicação de recursos orçamentários passaram a ser previstos. Esta aplicação mínima de percentuais de recursos orçamentários fundamenta-se racionalmente, evidentemente, em um discurso de justificação, e se configura em uma decisão.

Os fundamentos racionais desta decisão estão em argumentos de auto interesse (“para que eu tenha o direito à minha saúde é necessário que determinados recursos estejam vinculados), éticos e morais. Releva sobretudo o caráter de eticidade de tal decisão. Trata-se de um programa comunitário. Não só o artigo 195 previa o financiamento da seguridade social por toda a sociedade via contribuições, mas, a partir da Emenda Constitucional 29, também recursos dos impostos passam a ser utilizados para o financiamento da saúde<sup>25</sup>. Enquanto que, para a União, foi

---

<sup>24</sup> Ver em HOLMES, SUNSTEIN, 1999. Também em HACHEM, 2013, p. 133-138.

<sup>25</sup> “Art. 198 [...] § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015) II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo

estabelecido um determinado percentual orçamentário corrigido em um primeiro momento, tem-se a Emenda Constitucional nº 86, que aloca para saúde 15% da receita corrente líquida. Há um conceito legal de receita corrente líquida, encontrado na Lei Complementar nº 101, artigo 2º, que é a receita obtida pelo ente menos as transferências para os demais e para a seguridade social. Trata-se, portanto, de um valor bem alto. Ocorre, contudo, que tal previsão perdeu a eficácia jurídica e a efetividade prática diante da chamada “PEC do fim do mundo”, onde o orçamento de gastos sociais ficou reajustado apenas pela inflação (EC nº 95). Vale o alerta de Leite quanto ao raciocínio que deve ser empregado ao conteúdo das despesas públicas na lei orçamentária:

Neste caso, a lei orçamentária exerce primazia para sua realização. Embora algumas despesas originam-se de outras leis (pagamentos de salários, serviços da dívida) há as que decorrem estritamente da lei orçamentária (natureza constitutiva), e é sobre essas que recai o centro da atenção da força normativa do orçamento, onde sua autoridade deve se sobressair. Com a formalização das despesas na lei do orçamento, prova-se que o mesmo não é apenas um documento contábil, aprovado pelo Legislativo e realizado de acordo com a vontade do executivo, mas, sim, é lei, e, por isso, deve ter seu cumprimento realizado. Analisar a linguagem empregada na fixação das despesas públicas é tarefa importante para o deslinde de algumas questões ainda controversas, e isso significa basicamente verificar o orçamento sob dois ângulos: o referente às normas de conteúdo vinculado e os referentes às normas de conteúdos de livre apreciação. (LEITE, 2011, p. 92)

No caso de Estados e Municípios a forma de contabilidade será diferente. O percentual não incidirá sobre a receita corrente líquida, mas sim

---

menos a cada cinco anos, estabelecerá: (...). Tais disposições estão repetidas na Lei Complementar nº 141: “Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

sobre a receita de impostos (e não de taxas e contribuições) somada com as transferências via fundos de participação e demais transferências de um ente a outro. O artigo 77 do ADCT veio a estabelecer como percentuais para os Estados 12% daqueles valores acima e 15% para os Municípios.

A Constituição não especificou o que vem a ser despesa em saúde. O Brasil possui uma lei geral de contabilidade pública, Lei nº 4320, a qual foi recepcionada com status de lei complementar no Brasil. A lei divide, conforme um critério econômico, despesas em correntes e de capital<sup>26</sup>. As primeiras voltadas à continuidade da Administração e a segunda em expansão de seu patrimônio. Esta categorização, contudo, não reflete as necessidades sociais decorrentes da regulamentação da saúde.

De fato, é necessário lembrar que a complexidade do direito à saúde, enquanto efetivado por políticas públicas, abrange simultaneamente a compra de remédios e o pagamento de funcionários, o que significa despesas correntes, mas também a construção de uma infraestrutura praticamente inexistente no Brasil, somada com a necessidade de aquisição de equipamentos, o que seria despesa de capital. Soma-se a esta complexidade, ainda, a lógica do sistema único de saúde no Brasil – como realização de um federalismo cooperativo, vai implicar também a transferência de recursos de um ente a outro da federação. Como última complexidade adicional, é importante lembrar que, como serviço que é, a realização do direito à saúde implicará forte gasto com pessoal. Isto fará incidir as restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal no que toca à limitação de gastos com pessoal<sup>27</sup>. Há de se lembrar, ainda, a prática absolutamente corrente de se repassar recursos a entidades privadas ao invés da execução direta do serviço<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Lei 4320: Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas: (Vide Decreto-lei nº 1.805, de 1980), despesas correntes; despesas de custeio, transferências correntes, despesas de capital; investimentos, inversões financeiras, transferências de capital.

<sup>27</sup> Lei Complementar 101. Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I - União: 50% (cinquenta por cento); II - Estados: 60% (sessenta por cento); III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

<sup>28</sup> Lei complementar 101. Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de

Conforme a LRF tais despesas serão contabilizadas como despesa com pessoal. Por fora de tudo isto tem-se as despesas com condenações judiciais. São despesas contingenciais e que não se amoldam nas categorias anteriores. De certo modo, as despesas com advindas de condenação judicial, por outro lado, acabam por geral despesas de capital em saúde (compra de equipamento) ou correntes (remédios) – despesas estas que iriam ocorrer de todo modo.

Daí a necessidade de dar-se um tratamento diferenciado e adequado para as despesas em saúde. Tal tratamento encontra-se na Lei Complementar nº 141. Ela possui referências que ajudam na formulação de um conceito de despesa pública em saúde, incluindo determinadas verbas e excluindo outras.

Serão considerados como despesa em saúde, nos termos do artigo 3º da Lei Complementar 141 (BRASIL, Lei complementar nº 141): - vigilância em saúde, epidemiológica e a sanitária ; - todos os níveis de serviços de saúde; - capacitação de pessoal médico; - pesquisa e desenvolvimento científico, desde que realizados no âmbito do SUS; - gastos com produção e distribuição de remédios, objetos de uso hospitalar e equipamentos; - investimento em saneamento básico em domicílios, comunidades, quilombos e aldeamentos indígenas, desde que aprovado pelo Conselho de Saúde local; - manejo ambiental ligado ao controle de doenças; - infraestrutura física do SUS; - remuneração do pessoal ativo tanto ligado diretamente ao atendimento como o apoio administrativo.

Note-se, portanto, que a lei adotou uma perspectiva ampla, alocando manejo ambiental e saneamento básico como gastos em saúde.

Por outro lado, não serão considerados despesas em saúde (artigo 4º) (BRASIL, Lei complementar nº 141): pagamento de pessoal inativo, mesmo que sejam oriundos do setor da saúde; - pessoal específico da saúde lotado em outras áreas; qualquer serviço de saúde não universalizado; programas de alimentação, incluindo merenda; saneamento básico caso seja cobrado da população mediante taxa ou tarifa; - limpeza de ruas; ações de preservação ambiental não conectadas a vetores de doenças; ações em assistência social; infraestrutura indireta, como estradas e ruas, mesmo que beneficiem unidades de saúde.

---

previdência. § 1o Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

A despesa está relacionada a dinheiro. Muito embora a previsão orçamentária não esteja se referindo a dinheiro vivo, quer-se mesclar aqui as construções de sociologia. A provisão para a saúde, ou seja, os recursos, expressam-se em dinheiro. Para a sociologia<sup>29</sup> dinheiro é um meio socialmente generalizado de comunicação<sup>30</sup>. Apesar de após a reviravolta linguística ser trivial dizer que comunicação só pode ser substituída por comunicação, no caso do dinheiro tem-se um script, um esquema de se x, y, altamente eficaz e generalizado na sociedade. Como Habermas (1999) descreve, quem se vale de dinheiro não precisa justificar sua ação senão no próprio dinheiro.

Analisando-se de modo complexo, tem-se, então, uma gama de decisões que conformam determinado regime jurídico da despesa em saúde no Brasil. Estas decisões acoplam-se às decisões locais e pontuais da realização da despesa. Realizar a despesa significa decidir transformando comunicação em comunicação, isto é, a decisão de uma rubrica orçamentária na entrega de remédios. Cada decisão de realização de despesa pública em saúde, como ela pode ser questionada ante o seu regime jurídico, pode ser objeto de controle. É o que será visto no próximo tópico.

## 5. Mecanismos de controle

A matriz pragmático-sistêmica é muito útil para entender os fenômenos aqui descritos. Em um sentido amplo, controle pode ser visto como qualquer possibilidade de influência em uma decisão. Tanto Habermas quanto Luhmann possuem seus modelos de influência. O primeiro descrevendo como a possibilidade de fazer seus argumentos serem levados em conta em espaços de decisão e o segundo descrevendo a influência como uma espécie de credibilidade do portador, o qual faz valer sua informação a despeito da excelência dos argumentos (LUHMANN, 1985). São posições, evidentemente, antagônicas, mas ambas estão referidas ao processo democrático. Não é deste tipo de controle em sentido amplo que se está a falar aqui.

Como já dito anteriormente, o controle, agora em seu sentido estrito, é possibilidade de substituição de uma decisão por outra. Descendo

---

<sup>29</sup> LUHMANN, 2013. p.1-25

<sup>30</sup> Tem-se descrições semelhantes em HABERMAS, 1999 e LUHMANN, 2007.

da epistemologia e da teoria da Democracia e indo ao dia a dia dos operadores jurídicos, chega-se, nos dizeres de Luhmann, à dogmática jurídica. A dogmática jurídica é um elemento de autodescrição dos sistemas jurídicos, e possuindo como função principal a decidibilidade do Direito, isto é, gerar elementos que permitam a decisão (WARAT, 1995). Esta função é realizada a partir das funções classificatórias (criação de classificações, sendo que as classificações levam a um ou outro regime jurídico), de geração de consistência (coerência e unidade de referências caóticas) e de scripts (ou seja, regimes jurídicos, se x determinado complexo de programas condicionais) (LUHMANN, 1983).

A despesa situa-se dentro do orçamento, e sabe-se que o problema de controle orçamentário de longa data é algo complexo e muito debatido na doutrina pátria. A discricionariedade da execução orçamentária é meio de racionalidade administrativa, pois é impossível que as normas possam prever todas as formas de revisão orçamentária, “como o são a anulação de rubricas, a suplementação de outras, a não realização de determinadas despesas e o contingenciamento de empenhos”. Isso acontece pela dinamicidade do orçamento. Fica a cargo da Administração a comprovação do exaurimento das fontes de custeio quando deixar de realizar algum direito fundamental. Assim, “antes de os finitos recursos do estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder” (WATANABE, 2011, p. 80-90). Contudo, não há como negar que existem fatores “complicadores” a serem considerados, especialmente o próprio sistema federativo (repartição de recursos e competências) e a própria repartição de funções entre Legislativo e Executivo.

O sistema orçamentário brasileiro sempre revelou as relações assimétricas entre Executivo e Legislativo e representou as lacunas democráticas do Estado. Para Jacob, a Constituição de 1988 trouxe a “concepção sistêmica” do orçamento, fazendo com que fosse possível inserir os processos de alocação e controle do recurso público sob o aspecto global de planejamento e controle da Administração Pública. Entretanto, “a hipertrofia do Executivo, subalternidade congressual e alijamento popular do processo decisório” indicavam que os problemas do passado estariam com nova roupagem, estando presentes. Mesmo com a necessidade de pensar o processo de elaboração, aprovação e execução dos orçamentos, não é possibilitado o questionamento da sua importância na construção

efetiva das políticas públicas expressas na Constituição de 1988. Se não houver a valorização da função constitucional dos orçamentos, não há futuro para os objetivos da República, pois parece impossível “governar com eficiência sem planejar, e planejamento pressupõe respeito às previsões de receita e despesa estipuladas nas peças orçamentárias” (WATANABE, 2011, 257).

Vale a crítica acerca do problema da execução orçamentária no Brasil:

(...) o grande problema da execução orçamentária no Brasil é excluir essa decisão do regime instituído pela Constituição para o tratamento de opções do emprego do dinheiro público. Isso irrompe parcialmente com a lógica da legalidade orçamentária e acaba esvaziando importantes decisões políticas. (MELLO, 2015)

Tem-se, então, a complexidade de se teorizar o controle da despesa em saúde no Brasil. Há uma tradição, no Direito Financeiro, a partir do artigo 71 da Constituição Federal, em classificar os controles em: a) legalidade: quando o parâmetro de controle é a obediência às leis, no caso específico da saúde, a destinação dos recursos apontados; b) economicidade: as decisões que envolvem preço de algo permitem o seu controle, assim, um critério que não seria propriamente jurídico passa a ser através deste permissivo; c) eficiência: do mesmo modo, a qualidade procedimental da alocação dos recursos, isto é, a possibilidade de aquele gasto produzir o resultado esperado, em um esquema de racionalidade meios fins também ganha juridicidade; d) legitimidade: quando se questiona não acerca do processo em termos de meios fins, mas sim da eticidade e da moralidade do objeto da decisão, também em contraste com outras decisões do sistema (MELLO, 2015).

Seria possível, também, no que toca à iniciativa do controle: a) popular não-institucionalizado: uma pessoa física ou jurídica que não possui o dever administrativo de deflagrar o controle o faz mediante direito genérico de ação ou petição; b) popular institucionalizado: exercido por um particular em colaboração com a Administração Pública, isto é, um sujeito que não faz parte da Administração Pública mas está em um espaço institucionalizado de controle, iniciando o processo, tal como os conselhos de políticas públicas; c) administrativo: aquele controle cujo processo é iniciado por mecanismos administrativos especializados ou não, mas que

possuem o dever jurídico para tanto, como são os mecanismos de controle interno ou externo administrativos;<sup>31</sup> d) judicial: aquele exercitado pelos órgãos especializados em tutelar direitos difusos e coletivos, como por exemplo o Ministério Público e a Defensoria Pública, ajuízam suas ações judiciais de controle.<sup>32</sup>

Acerca dos espaços de substituição de uma decisão por outra: a) controle interno: realizado dentro da estrutura hierárquica do próprio Poder onde fora tomada a decisão; b) controle externo: em outro poder ou mesmo outro ente federativo, mas dentro de uma estrutura administrativa, e não jurisdicional; c) jurisdicional: realizado dentro do Poder Judiciário.<sup>33</sup>

Sobre o tempo do controle, tem-se também seguinte previsão: a) pré-orçamentário: envolve todo um complexo de decisões pré-orçamentário, como o planejamento das despesas, a arrecadação de tributos, a geração de problemas que serão posteriormente resolvidos orçamentariamente; b) de elaboração orçamentária: o controle que acontece quando da elaboração do orçamento e, portanto, da correta previsão das despesas em saúde; c) de execução orçamentária: o controle que acontece durante a realização da despesa, envolvendo a correta destinação das despesas planejadas.

O controle da despesa em saúde, no Brasil, tem, então, as seguintes características gerais: a) é um controle que implica a destinação de recursos mínimos; b) existe uma especificação legal do que vem a ser estes recursos mínimos; c) a origem dos recursos é, na maior parte dos casos, tributária; d) a centralidade do controle é orçamentária; e) esta centralidade no orçamento não exclui outros parâmetros de decisão, já que é possível que durante a execução orçamentária, por exemplo, sejam alocados dentro da saúde outros recursos que não os legalmente estabelecidos; f) há múltiplas instâncias de controle; g) há um estímulo à participação popular.

Pode-se, então, fundamentar a existência de um princípio de controle plural da despesa em saúde, já que tanto pode existir o controle do quantum orçamentário destinado à saúde como da definição da despesa em saúde.

---

<sup>31</sup> Este é um campo, inclusive, onde se pode manifestar a reivindicação de direitos sociais como a saúde. Ver: HACHEM, 2014.

<sup>32</sup> A respeito dos diferentes aspectos do controle social no Brasil: BITENCOURT, BEBER, 2015; BITENCOURT, PASE, 2015.

<sup>33</sup> Sobre o controle exercido por meio da jurisdição constitucional, ver: MORAIS, BRUM, 2016; LEAL, 2015; VALLE, 2014a; VALLE, 2014b.

Exemplificativamente, pode-se enumerar os seguintes instrumentos de controle: 1) ação popular: o orçamento e o decreto de execução orçamentária podem ser questionados, já que se amoldam a atos do Poder Público que causam prejuízo a um serviço público, no caso, o serviço de saúde; 2) ação civil pública: trata-se de uma ação que serve para a tutela específica de direitos coletivos, podendo ser movida pelo Ministério Público, Defensoria Pública e associações constituídas há mais de ano; através da ação civil pública a parte poderá demandar especificamente tanto a destinação da despesa e como correta definição desta; 3) direito de petição: qualquer um da população poderá questionar ato da Administração Pública que não observa a normatização da despesa em saúde; 4) controle interno: a Administração Pública possui estruturas internas especializadas em realizar o controle interno da despesa; 5) controle interno via conselho de saúde: o conselho de saúde possui competências específicas para controlar ou deflagrar os controles administrativos; 6) comissão de orçamento do ente: o órgão legislativo poderá ajustar o projeto de lei orçamentária enviado pelo Poder Executivo, para prever adequadamente os gastos em saúde conforme estipulado pela legislação; 7) órgão legislativo: o Poder Legislativo poderá sustar, por exemplo, decreto de liberação de empenho que não esteja em conformidade com orçamento; 8) ação direta de inconstitucionalidade: a lei orçamentária poderá ser questionada, em controle concentrado, quando não prever a dotação para despesas em saúde; 8) tomada de contas especial: o Tribunal de Contas, provocado ou *ex officio*, poderá inspecionar a quantidade e qualidade dos gastos em saúde, suspendendo o ato, no caso, a lei orçamentária que não prevê corretamente a despesa; 10) julgamento de contas de gestão: o Tribunal de Contas poderá corrigir e ainda imputar multa e ressarcimento ao agente público que não destinar a correta quantia de numerário ou empenha-la em desacordo com os critérios de legalidade, legitimidade, economicidade e eficiência; 11) julgamento de contas de governo: o Tribunal de Contas poderá, também, elaborar parecer rejeitando as contas de governo que não prevê adequadamente o mínimo de despesas em saúde, o qual será objeto de apreciação pelo órgão legislativo competente.

Estes instrumentos de controle operarão na lógica da substituição de uma decisão por outra. Os argumentos que embasam esta substituição de uma decisão por outro são unificados dentro de um discurso de aplicação, e possuem diversos fundamentos. Os fundamentos se cruzam em argumentos

de auto interesse, éticos e morais, e se orientam a partir da economicidade, eficiência, legalidade e legitimidade. Assim, por exemplo, poder-se-á substituir uma decisão por outra quando o discurso da decisão substitutiva se embasar, por exemplo, em uma reconstrução dos argumentos morais universais do discurso de justificação que fundamenta as normas da Constituição, e com isto se verificar que a legitimidade do gasto não possui fundamento. Tem-se, assim, alguns parâmetros de racionalização das despesas em saúde no Brasil.

## 6. Considerações finais

O caráter aberto da Constituição não só permite a ligação de diversos paradigmas de interpretação e teorias da Justiça, mas também permite múltiplas observações a partir de diferentes perspectivas democráticas. Com a Democracia Deliberativa percebeu-se que a Constituição possui uma normatividade, especialmente no que toca à saúde, que transborda não só auto interesse egoístico de seres buscadores da realização própria, mas também vai além de um projeto comunitário, alcançando uma cor moral universal. Este projeto, que claramente é realizado via políticas públicas e seus instrumentos administrativos na Constituição, aparece de modo incompleto, não prescindindo de deliberação para a sua efetivação.

Decisões são tomadas para a realização do direito à saúde. É necessário, contudo, que existam referenciais mais complexos para a análise da decisão e seu controle. Viu-se que a decisão é um processo de geração e escolha de alternativas no tempo, mediante argumentos racionalmente defensáveis.

Esta argumentação de fundo é tanto mais legítima quanto mais se conectar ao sistema de comunicações jurídico, podendo a decisão, se for o caso, substituída. O sistema jurídico cria critérios a partir de um misto de referências legais e doutrinárias, formando novas descrições.

A saúde, ao par de seu forte conteúdo universalista enquanto direito, também encontra normas fundamentadas em termos universalistas, éticos e de auto interesse na Constituição Federal e nas demais leis no que pertence às suas formas de efetivação. O financiamento da saúde – já que este direito é um tanto quanto dispendioso, encontra critérios relacionados à despesa na Constituição e na legislação. Estes critérios justamente permitem que uma decisão seja substituída por outra nas instâncias de

controle, o que vem efetivamente a contribuir na complexidade que é a realização deste direito.

## Referências

BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40249>.

BITENCOURT, Caroline Müller; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. O controle social a partir do modelo da gestão pública compartilhada: da insuficiência da representação parlamentar à atuação dos conselhos populares como espaços públicos de interação comunicativa. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 232-253, jul./dez. 2015. doi: <http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.06.002.A009>.

BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43663>

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. DOI: [10.5380/rinc.v4i1.49773](https://doi.org/10.5380/rinc.v4i1.49773).

BRASIL, **Constituição Federal**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 25 de janeiro de 2017.

BRASIL, **Lei complementar nº 141**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em 25 de janeiro de 2017.

BRASIL, **Lei nº 4.320 de 1964**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm)>. Acesso em 25 de janeiro de 2017.

BURGO, Vitor. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 80-90.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina [s.d].

\_\_\_\_\_. **“Brançosos” e interconstitucionalidade:** Itinerários dos discursos sobre a história constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CARMONA GARIAS, Silvia. Nuevas tendencias en la participación ciudadana en España: ¿socializando la gestión pública o socializando la responsabilidad política? **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 29-60, out./dez. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i66.362.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.

GABARDO, Emerson. **O Jardim e a Praça para Além do Bem e do Mal** - uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. Tese de Doutorado. Curitiba: UFPR, 2009.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral:** justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia:** entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia:** entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

\_\_\_\_\_. **Justification and Application:** Remarks on Discourse Ethics. Cambridge: Mitpress, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la Acción Comunicativa, I**. Madrid: Taurus, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la Acción Comunicativa, II: crítica de larazón funcionalista**. Madrid: Taurus, 1999.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133- 168, jul./set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 147-175, abr./jun. 2014.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass, **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**, New York and London: W. M. Norton, 1999.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e juris-dição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>

LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40513>.

LEITE, Harisson Ferreira. **Autoridade da Lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Anthropos: México, 1997.

\_\_\_\_\_. **A improbabilidade da Comunicação**. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2001.

\_\_\_\_\_. A Posição dos Tribunais no sistema jurídico. **Revista Ajuris**. Porto Alegre, n. 49, p. 149-168, jul 1990.

\_\_\_\_\_. La Economía de lasociedad como sistema autopoiético. **Revista Mad**: Universidad de Chile, N° 29, p.1-254, sept. 2013.

- \_\_\_\_\_. **La sociedad de lasociedad**. México: Herder, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Legal Argumentation**: an analysis of its form. *The Modern Law Review*. N. 58. May 1995.
- \_\_\_\_\_. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- \_\_\_\_\_. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- \_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- \_\_\_\_\_. **Poder**. Brasília: editora da UNB, 1985.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.
- RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Müller. Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 131-151, out./dez. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i66.364.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510>.
- SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>.
- SUNSTEIN, Cass R. Decisões Políticas Teorizadas de modo incompleto no Direito Constitucional. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (orgs.). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Barueri: Manole, 2010.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014a. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia: a comparative perspective. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 67-102, maio/ago. 2014b. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40511>.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito V. II**. Sergio Antônio Fabris, 1995.

ZUFELATO, Camila. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.