

## PÓS-POSITIVISMO NA HERMENÊUTICA JURÍDICA DAS REGIÕES DE SAÚDE: INTEGRALIDADE, DIREITO AO ACESSO E DESEMPENHO

Leonardo Carnut<sup>1</sup>

Jorge Alberto Mamede Masseran<sup>2</sup>

---

*Fecha de publicación: 01/04/2018*

**Sumário:** Introdução. **1.** Recorrendo brevemente os fundamentos: a interpretação legal à luz do pós-positivismo. **2.** Integralidade, direito ao acesso e desempenho: uma interpretação pós-positivista destes termos-chave nas regiões de saúde. **2.1** Da região de saúde. **2.2** Da integralidade do cuidado (ou da assistência) e do direito ao acesso. **2.3** Do desempenho em um sistema de saúde regional. - Considerações Finais. – Referências.

**Resumo:** A interpretação pós-positivista do ordenamento do Sistema Único de Saúde (SUS) pode favorecer ao judiciário a uma perspectiva mais condizente ao que se espera na defesa do direito à saúde. Assim este artigo dedicou-se a usar o pós-positivismo para interpretar termos-chave da organização das regiões de saúde: a ‘integralidade’, o ‘direito ao acesso’ e o ‘desempenho’. Para tanto, utilizou-se como base empírica os

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Sanitário pelo Instituto de Direito Sanitário Aplicado (IDISA). Doutor em Saúde Pública (Área de Concentração: Política, Gestão e Saúde). Professor Adjunto do Núcleo Integrado de Saúde Coletiva (NISC) da Universidade de Pernambuco (UPE) – Campus Santo Amaro, Recife, Pernambuco, Brasil.  
[leonardo.carnut@gmail.com](mailto:leonardo.carnut@gmail.com)

<sup>2</sup> Especialista em Direito Sanitário pelo Instituto de Direito Sanitário Aplicado (IDISA). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Promotor de Justiça. Ministério Público do Estado de São Paulo. Brasil.  
[jorgemasseran@uol.com.br](mailto:jorgemasseran@uol.com.br)

excertos do Decreto 7.508/2011 relativos a estes termos. Observou-se que a perspectiva pós-positivista expõem elementos para além do texto de lei que promovem argumentação para efetivar o direito à saúde para além do seu núcleo essencial.

**Palavras-chave:** Direito à Saúde. Direito Sanitário. SUS. Regulamentação Governamental. Política de Saúde. Hermenêutica.

**Abstract:** The post-positivist interpretation of the Unified Health System (SUS) laws may help the judiciary in a closer perspective what is expected of this court to defense of the right to health. Thus, this article had devoted to using post-positivism to interpret key terms of the organization of health regions: 'integrality', the 'right to access' and 'performance'. For that, the excerpts of Decree 7.508/2011 related to these terms were used as an empirical basis. It was observed that the post-positivist perspective exposes elements beyond the text of law that promote argumentation to effect the right to health in its wide magnitude.

**Key-words:** Right to Health. Health Law. Unified Health System. Government Regulation. Health Policy. Hermeneutics.

## INTRODUÇÃO

Com os constantes ataques ao direito à saúde no Brasil (MORAIS, NASCIMENTO, 2007, p. 259), especialmente com os últimos atos como a Emenda Constitucional 95 (VIEIRA, BENEVIDES, 2016, p. 9) e com o aumento da Desvinculação das Receitas da União (DRU) até 2023 (para citar apenas estes) (AMORIM, MORGADO, p. 128), apostar no poder legislativo para garantir a efetividade do direito à saúde parece não ser o caminho mais favorável nesta conjuntura.

Entretanto, suas ações são, em parte, responsáveis pelo controle jurisdicional das políticas públicas de forma cada vez mais frequente. Isso nos faz refletir sobre quais os limites em que esse controle transpassa o “aceitável” para se dizer que os indivíduos não possam acessar seus direitos como forma de liberdade individual.

Como bem registrado na literatura corrente (MARQUES, 2008, p. 65), esse controle tem abandonado a forma jurisdizção para assumir a forma predatória da judicialização, logo o judiciário necessita estar mais apto para lidar com causas que solicitem a efetivação do direito à saúde com o seu devido rigor. Isso, atualmente perpassa pela compreensão da natureza específica deste direito e (como abordaremos) na “forma de interpretar” (WARAT, 1994, p. 66) sua legislação específica para que não haja constrangimentos ao núcleo essencial.

Assim, crê-se que a interpretação pós-positivista das normas relativas ao ordenamento do Sistema Único de Saúde (SUS) pode favorecer ao judiciário a uma perspectiva mais condizente ao que se espera na defesa do direito à saúde em prol de que mais necessita: o usuário. Portanto, esse artigo se dedicou a aproximar a filosofia jurídica pós-positivista e a interpretação de *termos-chave* da organização do que se considera a célula geopolítica do sistema de saúde: a *região de saúde*.

Para tanto, utilizou-se como base empírica<sup>3</sup> os excertos do Decreto 7.508/2011 que expressam esses conteúdos como forma de aplicar interpretação aqui sugerida.

---

<sup>3</sup>Entende-se por “empírico” neste excerto o significado adotado dentro dos marcos metodológicos da teoria social. Isso significa dizer que não envolve apenas a observação de

## 1. RECORRENDO BREVEMENTE OS FUNDAMENTOS: A INTEPRETAÇÃO LEGAL À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Diferentemente da Sociologia, na qual o conceito de pós-positivismo carrega consigo uma ideia de *reforma* do positivismo comtiano, na filosofia jurídica o termo “pós-positivismo” está relacionada à *superação* da dogmática jurídica de interpretação da norma. É importante lembrar que nessa escola (Escola da Exegese), a aplicação do Direito se dá de forma mecânica consubstanciada na subsunção do fato à norma positivada (DUARTE, 2013, p. 74). A lógica para “além do positivo” (pós-positivista), ao contrário, busca congrega outros fatores explicativos sobre a coisa a ser julgada transcendendo necessariamente a aplicação da norma estrita ao descrito no texto de lei.

Em contraponto ao positivismo jurídico, esta filosofia interpretativa procura demonstrar sua intenção de superação à lógica interpretativa ainda hegemônica especialmente no século XX, concentrando-se na resolução do problema que envolve o poder discricionário do julgador bem como o da determinação do direito no caso concreto, de modo a alcançar a conciliação entre validade *formal* e *material*. (DUARTE, 2013, p 80).

Assim o processo interpretativo terá sempre um norte a ser seguido que é a tutela e a efetividade dos direitos fundamentais, entendidos como direitos individuais, sociais, políticos e econômicos. Em outras palavras, o aplicador do direito já não está adstrito a uma atividade meramente silogístico-exegética (DUARTE, 2013, p. 75) mas a um papel construtivo do sentido atribuído ao direito através da sua localização mais precisa possível entre norma positivada e fato socio-historicamente situado.

Em que pese a complexidade atribuída a essa hermenêutica, compreende-se que assim se processam as relações de cidadania no mundo contemporâneo. Um mundo no qual a agudização das estruturas modernas convivem com cenários de produção de outras subjetividades e a emergência de novos direitos faz recrudescer os problemas relacionados aos pensamentos jurídicos pouco flexíveis. É nesse tempo social onde conciliar validade formal e material torna-se a única solução para que o direito não perca sua credibilidade enquanto procedimento e que de fato se aproxime cada vez mais da noção de justiça em sua ampla concepção.

---

dados primários, mas pode envolver a observação de dados secundários (como texto, documentos, leis etc.).

De certa forma o pós-positivismo, como forma de superação do legalismo e de reconhecimento de valores comuns da sociedade vem representando uma volta à teoria kantiana (FRANCO, 2013, p. 7). Nesta não existe a busca pela verdade nos mesmos moldes que há no positivismo. Por reconhecer que não se pode aplicar a metodologia das ciências naturais ao direito e por não ser possível descobrir a verdade no mundo intersubjetivo que é o mundo da vida, a epistemologia jurídica inerente ao pós-positivismo recusa o conceito de *verdade objetiva* como conceito central do conhecimento jurídico (GALUPPO, 2005, p. 196; FONTOURA et al, 2013, p. 331).

É próprio do pós-positivismo considerar que os textos constitucionais estão imersos em valores cultuados pela sociedade – valores positivados e, portanto, com eficácia normativa – a dignidade da pessoa humana suplanta o frio positivismo, onde barbáries e atrocidades eram cometidas em nome da lei; esta, surda, muda e cega aos anseios sociais, diferentemente da concepção atual de lei e, principalmente, de constituição (LEMOS, 2008, p. 42).

Assim suas principais marcas são a ascensão dos valores e o reconhecimento da normatividade dos princípios, fundamentando que a dogmática tradicional fomentou-se sob o mito da objetividade do Direito e da neutralidade do intérprete, tendo encoberto seu caráter ideológico bem como sua instrumentalidade à dominação econômica e social (BARROSO, 2006, p. 51).

Portanto, ao se tratar de direitos sociais como no caso do direito à saúde no Brasil é de se esperar que o poder econômico avance conforme as medidas expostas na introdução desse texto. O que se espera das interpretações pós-positivistas em matéria de saúde é que estas amortizem do peso do modo de produção sobre a garantia fundamental à vida assegurado pelo acesso à justiça e pela efetividade da prestação jurisdicional, todos considerados direitos fundamentais insuscetíveis de mitigação (FRANCO, 2013, p. 27).

## **2. INTEGRALIDADE, DIREITO AO ACESSO E DESEMPENHO: UMA INTERPRETAÇÃO PÓS-POSITIVISTA DESTES TERMOS-CHAVE NAS REGIÕES DE SAÚDE**

De posse desse arcabouço orientador da interpretação, optou-se por focar em termos-chaves essenciais para a compreensão do funcionamento adequado das regiões de saúde.

O Decreto 7.508/2011 é a expressão legal regulamentadora da conformação de Sistemas Regionais de Saúde que visam, através de um instrumento contratual interfederativo (Municípios, Estado, e por vezes a União)

construir um sistema de cuidado em rede que ofereça a integralidade do cuidado em uma escala geográfica territorialmente delimitada (SANTOS, 2013, p. 128).

## 2.1. Da região de saúde

Neste sentido, o primeiro conceito disposto neste decreto é o de *região de saúde*. De extrema importância para definir as políticas públicas no SUS, uma vez que os entes da federação devem estar envolvidos com suas responsabilidades para com o sistema. Este é um espaço geográfico bem definido no Decreto 7.508/11 e é uma forma de definir responsabilidades, facilitar transportes, compartilhar infraestrutura, planejar ações e suas execuções de serviços, como afirma o art. 2º. Inciso I:

Art. 2º Para efeito deste Decreto, considera-se:

I - **Região de Saúde** [grifo nosso] - espaço geográfico contínuo constituído por agrupamentos de Municípios limítrofes, delimitado a partir de identidades culturais, econômicas e sociais e de redes de comunicação e infraestrutura de transportes compartilhados, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de ações e serviços de saúde;

Tomando-se como objeto de análise a noção de “sistemas regionais de saúde”, na qual a definição de “região de saúde” expressa sua formulação teórica territorial, pode-se identificar que o primeiro problema jurídico recai sobre a tutela do direito. Partindo-se do pressuposto que, os direitos sociais, em sua essência, são direitos que dependem da prestação de serviços por meio do Estado e não totalmente dependentes das liberdades civis individuais (ou seja, são direitos *à*, não direitos *de*) (SIMÕES, 2013, p. 173; BARCELLOS, 2008, p. 134; DUARTE, 2013, p. 85) é que a uma dimensão individual e transindividual do direito à saúde e sua relevância no campo da exigibilidade dos direitos sociais como direitos subjetivos a prestações via Estado toma fôlego (SARLET, 2012, p. 98; ROCHA 2011, p. 22).

Exigir o direito à saúde do Estado, em uma abordagem pós-positivista, tal qual preconiza o Decreto 7.508/2011, requer a consideração da saúde como direito fundamental que norteia o desenho das políticas públicas, assim como as atividades legislativas decorrentes de seu amparo (RIOS, 2013, p. 172), portanto desconsiderar a atuação dessas políticas na interpretação de cada caso pode ferir inexoravelmente o amparo a esse direito.

É pertinente lembrar que um direito fundamental social ou de segunda geração representa um importante instrumento de promoção da equidade, diante de um sistema capitalista, que, por natureza, é injusto. E ainda, em termos de delimitação do objeto, o direito à saúde deve ser compreendido

com posição jurídica subjetiva pois surge quer como um direito de defesa (dimensão negativa) – não ingerência –, quer como direito a prestações (maximizando cuidados em saúde), ou seja, na sua dimensão positiva (LOUREIRO, 2008, p. 38).

## **2.2. Da integralidade do cuidado (ou da assistência) e do direito ao acesso**

Não há como garantir a integralidade do cuidado sem que as redes de atenção não estejam articuladas em níveis de complexidade como preconiza a definição de regiões de saúde acima descrita para fins de garantir a integralidade da assistência, assim seja caracterizado a necessidade do usuário pelo serviço de âmbito especializado.

Dizer que o acesso é universal significa afirmar a prerrogativa jurídica de que todos têm o direito de acessar<sup>4</sup> e usufruir das ações e serviços do Sistema de Saúde. O fato de sua gratuidade ser garantida no art. 43 da lei 8.080, não exclui a responsabilidade das famílias e das pessoas na manutenção de sua própria saúde (parágrafo único, art. 2º. § 2º. da Lei 8.080). Isso não significa, portanto que o usuário deva acessar o sistema de serviços de saúde para aquilo que não seja, reconhecidamente, uma doença ou agravo instalado.

Para facilitar a integralidade do cuidado, o usuário deve estar inserido na região a qual faz parte, respeitando as portas de entrada, preferencialmente através da atenção básica como coloca o art. 9º.

Art. 9º São **Portas de Entrada** às ações e aos serviços de saúde nas Redes de Atenção à Saúde os serviços:

**I - de atenção primária;**

**II - de atenção de urgência e emergência;**

**III - de atenção psicossocial; e**

---

<sup>4</sup>A compreensão do termo “acesso” neste contexto se faz essencial para interpretação legal. Muito se acumulou teoricamente na área da Saúde Coletiva nos estudos sobre acesso, sendo necessária a compreensão mais rebuscada sobre seus diversos tipos de definição (que tendem a variar consideravelmente a partir do autor utilizado). Consideramos que a mais completa revisão teórico-empírica sobre “acesso” advém Travassos e Martins (2004) e Penchansky e Thomas (1981) que tentam diferenciá-lo de “utilização”. O acesso carrega consigo um significado amplo de representar o grau de adequação entre o usuário e o sistema de saúde, ou seja, se refere à adequação entre as características do serviço oferecido e as expectativas e necessidades trazidas pelo paciente. Isso difere do termo “utilização” dos serviços que se restringe ao mero encontro comportamental entre o usuário e o profissional de saúde que o conduz dentro do sistema (e que não se traduz a entrada no serviço necessariamente em *resolutividade*).

#### IV - especiais de acesso aberto. [grifo nosso].

Inserido na rede, respeitando as regiões de saúde ele pode fazer uso dos serviços oferecidos para ter direito ao acesso a todos os níveis de atenção. Contudo, a responsabilidade da constituição do cuidado em rede também está assentada na necessidade de comunicabilidade entre os serviços de saúde, que, na conjuntura atual, encontram-se totalmente fragmentados (MENDES, 2011, p. 2299), o que vem sendo reconhecido como *atomização* dos serviços.

Assim, os entes federados (Estados e municípios primordialmente) devem ser tecidas redes de atenção através da definição político-sanitária das áreas geográficas onde se conformarão a integralidade do cuidado (ou assistência) em determinada região. Assim o decreto afirma:

Art. 20. A **integralidade da assistência à saúde se inicia e se completa na Rede de Atenção à Saúde, mediante referenciamento do usuário na rede regional e interestadual**, [grifo nosso] conforme pactuado nas Comissões Intergestores.

Além disso, o direito à saúde, entendido como um direito social, apesar de fundamental se diferencia daqueles intrinsecamente relacionados às garantias fundamentais *individuais*. O conceito de *direitos sociais* se assenta, *prima facie*, na especificidade de que estes apresentam um conteúdo geral, que é referência, indistintamente, a determinados bens sociais, como a saúde, a previdência social dentre outros considerados imprescindíveis à garantia do valor da dignidade. Genericamente é a instituição desse conteúdo social que os distingue dos demais direitos fundamentais (SIMÕES, 2013, p. 199). No entanto, é pertinente lembrar que, os direitos sociais não gozaram da mesma sorte, pois como direitos típicos de intervenção estatal na sociedade esbarraram nas concepções liberais ou na realidade econômica do país, transformando-se em ‘direitos-programas’ (ou, como neste caso concreto, em “direitos-redes”). Ou seja, um conjunto de “intenções” e compromissos do Estado brasileiro para com a sociedade, mas com sua capacidade de aplicação imediata (CUNHA, 2012, p. 1) debilitada por falta de instrumentos legais, estruturais e, na maior parte das vezes, econômicos (AGUIAR, OLIVEIRA, 2006, p. 73).

Na perspectiva pós-positivista é pertinente lembrar que o núcleo essencial do direito à saúde deve estar baseado nos princípios e valores ligados à efetivação dos direitos sociais. Assim, pode-se dizer que, quando se trata do amparo do direito à saúde no que descreve o Decreto 7.508/2011, entende-se por valor máximo a *dignidade da pessoa humana* (em virtude do qual o direito à saúde está diretamente relacionado) e como princípio fundamental a *integralidade da assistência* (na qual esse Decreto explicita



a organização dos serviços de saúde em regiões articuladas, a fim de esgotarem as possibilidades terapêuticas para a demanda do usuário). Sem a exequibilidade desses dois elementos em sua possibilidade mais ampliada, estariam por óbice interpretativo, desmontando o seu núcleo essencial e por consequência, ferindo a garantia do direito à saúde.

Haja vista que a região de saúde não se constitui como um ente federado, as atribuições e competências relativas à constituição do cuidado em rede apresentam dificuldades. A principal trata-se do favorecimento à fragmentação dos serviços em detrimento da organização em rede, pois é evidente que essas atribuições/competências devem ser partilhadas com os entes municipais e estaduais (e por vezes a união). Assim sendo, o decreto tenta normatizar a articulação entre esses entes, com fins de configurar regiões de saúde com responsabilidades compartilhadas (Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde – Art. 2º. Inciso 2º. Decreto 7.508/2001) o que deveriam favorecer a integralidade em nível locorregional.

Art. 2º Para efeito deste Decreto, considera-se:

**II - Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde** [grifo nosso] - acordo de colaboração firmado entre entes federativos com a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada, com definição de responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios de avaliação de desempenho, recursos financeiros que serão disponibilizados, forma de controle e fiscalização de sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde;

É pertinente lembrar, nesse sentido, que o direito à saúde, antes ampliado (CF, 1988) apresentará restrições no tocante à oferta em nível locorregional. O fato é que há uma impossibilidade sanitário-econômica de se oferecer todos os tipos de serviços em um escala geográfica reduzida. Logo, para garantir a integralidade, sem contudo, deixar a gestão sanitária pública vulnerável às ações judiciais que invoquem a diretriz da integralidade como argumento, o Decreto recria a “integralidade” restrita à um *padrão* (“*padrão de integralidade*”) preconizada na legislação vigente no artigo art 21. e 25. quando se institui a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) e Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

Sarlet e Figueiredo (2008) identificaram que, em muitos casos, os conteúdos essenciais dos direitos sociais de cunho prestacional (positivo) praticamente se confundem com o seu “mínimo existencial”. Por outro lado, tal constatação não afasta a circunstância de que, quando for o caso, este próprio conteúdo existencial (núcleo essencial = mínimo existencial)

não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, etc.) não dispensando, portanto, a necessária contextualização (o que é uma moradia digna, por exemplo, varia significativamente até mesmo de acordo com as condições climáticas), bem como a necessária utilização de uma interpretação, simultaneamente tópico e sistemática, designadamente quando estiver em causa à extração de alguma consequência jurídica em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu núcleo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana.

Desta maneira, à luz do pós-positivismo, não há como não exortar a necessidade de amparo irrestrito ao núcleo essencial do direito à saúde, que em última instância é sinônimo do mínimo existencial para a vida (ANDRADE, 2011, p. 19). Qualquer omissão pública diante de demandas de saúde desta natureza devidamente comprovadas se caracterizariam com uma conduta inconstitucional (SOARES, 2008, p. 83) e portanto, inadequada às novas exigências para a efetividade do direito. Interessa frisar que no pós-positivismo a emergência de um modelo de compreensão principiológica do direito, que confere aos princípios jurídicos uma condição central na estruturação do raciocínio do jurista com reflexos diretos na interpretação e aplicação da ordem jurídica (SOARES, 2014, p. 7) é o que lhe ajudará a exercer a efetividade do direito.

Assim sendo, o valor e o princípio que regem o amparo ao direito à saúde, relaciona-se diretamente ao acesso a esses serviços. Na ausência dos serviços públicos adequados nos sistemas regionais para o alcance da *integralidade da assistência*, se instala uma “ferida jurídica” ao estatuto principiológico do direito na concepção pós-positivista da norma. A assunção dessa premissa praticamente já invalidaria os esforços teórico-conceituais em sentido contrário. Na ótica pós-positivista, em sentido estrito (acompanhando aqui a terminologia proposta por Robert Alexy), a dimensão prestacional traduz-se no fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental (atendimento médico e hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, prestação de tratamentos, ou seja, toda uma gama de prestações que tenham por objeto assegurar a saúde de alguém) (SARLET, FIGUEIREDO, 2008; p. 216), portanto, a alteração desse conteúdo, é, na melhor das hipóteses, equivocada.

### **2.3. Do *desempenho* em um sistema de saúde regional**

Para avaliar o funcionamento adequado deste sistema regional, entra em cena a questão do *desempenho*. O Decreto 7.508/2011 apresenta uma

proposta de apreciação do desempenho que se encontra descrito nos artigos 2º. Inciso II, V, Caput do Art. 35., Art 35 § 2o e Art 41. :

Art. 2o Para efeito deste Decreto, considera-se:

II - Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde - acordo de colaboração firmado entre entes federativos com a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada, com definição de responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios de **avaliação de desempenho** [grifo nosso] , recursos financeiros que serão disponibilizados, forma de controle e fiscalização de sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde;

V - Mapa da Saúde - descrição geográfica da distribuição de recursos humanos e de ações e serviços de saúde ofertados pelo SUS e pela iniciativa privada, considerando-se a capacidade instalada existente, os investimentos e o **desempenho** [grifo nosso] aferido a partir dos indicadores de saúde do sistema;

Art. 35. O Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde definirá as responsabilidades individuais e solidárias dos entes federativos com relação às ações e serviços de saúde, os indicadores e as metas de saúde, os critérios de **avaliação de desempenho**, os recursos financeiros que serão disponibilizados, a forma de controle e fiscalização da sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde.

§ 2o O **desempenho** [grifo nosso] aferido a partir dos indicadores nacionais de garantia de acesso servirá como parâmetro para **avaliação do desempenho** da prestação das ações e dos serviços definidos no Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde em todas as Regiões de Saúde, considerando-se as especificidades municipais, regionais e estaduais.

Art. 41. Aos partícipes caberá monitorar e avaliar a execução do Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde, em relação ao cumprimento das metas estabelecidas, ao seu **desempenho** e à aplicação dos recursos disponibilizados.

O termo desempenho neste decreto, com bem expressa o texto de lei, apresenta-se como elemento parâmetro para premiação através de recursos financeiros para aqueles sistemas regionais que detenham desempenhos “satisfatórios”. Para fins de operacionalização dessa métrica, o governo federal, recentemente elaborou um índice de avaliação de desempenho para o Sistema Único de Saúde (IDSUS) que servirá de instrumento oficial da gestão para avaliar os Sistemas Regionais de Saúde de conceder-lhes (ou não) os incentivos (premiação) financeira que lhes couberem.

O Índice de Desempenho do SUS (IDSUS) é um indicador síntese, que faz uma aferição contextualizada do desempenho do Sistema de Único de

Saúde (SUS) quanto ao acesso (potencial ou obtido) e à efetividade da Atenção Básica, das Atensões Ambulatorial e Hospitalar e das Urgências e Emergências. A partir da análise e do cruzamento de uma série de indicadores simples e compostos, o IDSUS avalia o Sistema Único de Saúde que atende aos residentes nos municípios, regiões de saúde, estados, regiões, bem como em todo país (BRASIL, 2011, p. 7).

É importante destacar que, em função da grande diversidade (demográfica, cultural, socioeconômica, geográfica, etc.) dos territórios do país, não seria adequado realizar uma classificação que apenas posicionasse, em ordem crescente ou decrescente, os municípios brasileiros. Assim, para realizar uma avaliação mais justa, a análise comparativa das notas do IDSUS deve ser feita por meio dos “grupos homogêneos”. Apenas dentro deles, por apresentarem características similares entre si, é possível traçar um paralelo minimamente comparativo (BRASIL, 2011, p. 20).

Sob a análise pós-positivista é possível identificar a problemática hermenêutica trazida na noção de desempenho como uma “ideologia de gestão”. O paradigma gerencialista está escamoteado na letra da lei e por isso, analisá-la na ordem pós-positivista, como explicita Dallari (2012, p. 81) é uma tentativa de recuperar a ideia de justiça. Ideia esta que, talvez, nunca tenha deixado de estar subjacente ao conceito de direito, mas que, sem dúvida, foi suplantada pela noção de lei no sentido formal.

A avaliação do desempenho no Decreto 7.508/2011, tomando-se ainda a letra da lei, afina-se ao paradigma gerencialista por se tornar um simples instrumento de produção de ranqueamentos que servem de parâmetro para incentivos financeiros. Assim, desprende-se desta, o potencial transformador que a avaliação pode oferecer para a melhoria de uma região de saúde deficitária em oferta de serviços. Ou contrário do que seria uma visão de crescimento e aprendizado com a demanda, se incute uma lógica competitiva entre os sistemas regionais, reduzindo-se o objeto da avaliação, amesquinhando-se certos processos/modelos avaliativos e, por vezes, gerando resultados nos quais os sistemas não se reconhecem (NARVAI, 2009, p. 53). Sendo assim, longe de assistir a uma *justiça* distributiva em uma perspectiva solidária e cooperativa entre os entes, a noção de desempenho apresentado pelo Decreto 7.508/2011 satisfaz a lógica da gestão de empresas privadas sendo mais um elemento que acirra as disputas intergovernamentais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste estudo foi possível perceber como interpretação de *termos-chave* como integralidade, direito ao acesso e desempenho nas regiões de saúde

através de uma perspectiva pós-positivista expõem elementos para além do texto de lei que ajudariam o operador do direito preocupado em efetivar o direito à saúde em magnitude.

Mais uma vez o que se discute na ordem jurídica constituinte é o processo de construção de um sentido de interpretação sobre um fato e o papel da hermenêutica utilizada. É essencial lembrar que na tarefa da magistratura reconhecer uma interpretação de favoreça a efetivação do direito à saúde é sinônimo de comprometimento com o exercício dos direitos sociais e que o caso do direito à saúde é um exemplo claro dos limites e possibilidades da atuação do poder judiciário na concretização do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Renan; OLIVEIRA, Maria Helena Barros. Dogmática e hermenêutica na concretização do direito social à saúde. **Revista de Direitos Humanos e Saúde**. Rio de Janeiro - RJ, v 3, n. 3, p. 71-86. 2006.
- AMORIM, Maria Cristina Sanches; MORGADO Flávio. Impacto da nova Desvinculação de Receitas da União para o Sistema Único de Saúde. **Revista da Faculdade de Ciências Médicas de Sorocaba**. Sorocaba - SP, v. 3, n. 18, p.128., 2016.
- ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. Da efetivação do direito à saúde no Brasil. **Revista Âmbito Jurídico**, v. 86, p. 2-27. 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública**. São Paulo - SP, v. 1, n. 1, p. 133-160, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2001 : regulamentação da Lei nº 8.080/90 / Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. – Brasília: Ministério da Saúde, 2011. 16 p. - (Série E. Legislação de Saúde).
- CUNHA, Carlos Leonardo Figueiredo. O direito fundamental à saúde. **JMPHC. Journal of Management and Primary Health Care**. Recife - PE, v. 3, n. 1, p. 1-2, 2012.

- DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito constitucional à saúde. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 80-98.
- DUARTE, Hugo Garcez. Pós-positivismo e argumentação jurídica: reflexão a luz do conceito de direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFU**, Uberlândia - MG, v. 41, n. 1, p. 73-86, 2013.
- FONTOURA, João Fábio da Silva; LIMA, Diogo dos Santos; SILVA, Alice Cardozo da; FILHO, Antônio Carvalho Martins; SOUZA, Jayson Cícero de; EUGENIO, Rosângela Victório. Hermenêutica constitucional e pós-positivismo: notas sobre a metódica estruturante e sobre a técnica da ponderação. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Acessado em : 01/12/2013. Disponível em : <http://www.abdconst.com.br/revista3/joinville.pdf>.
- FRANCO, José Alexandre. A justiça de Rawls e o pós-positivismo. Acessado em: 01/12/2013. Disponível em: [http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_20001.pdf](http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20001.pdf).
- GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o Positivismo e o Pós-Positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte - MG, v. 1, n. 3, p. 195-206, 2005.
- LEMONS, Rafael Diogo Diógenes. A dignidade da pessoa humana: conteúdo, limites e possibilidades. **Revista Discurso Jurídico**. Campo Mourão - PR, v. 4, n. 2, p. 41-63, 2008.
- LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. **Revista da Defensoria Pública**. São Paulo - SP, v. 1, n. 1, p. 35-74. 2008.
- MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo - SP, 2008. v. 9, n. 2, p. 65-72.
- MENDES, Eugênio Vilaça. As redes de atenção à saúde. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2011. 549 p.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O direito à saúde e os limites do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. **Novos Estudos Jurídicos**. Univali, Vale do Itajaí - SC, v. 12, n. 2, p. 251-266. 2007.
- NARVAI, Paulo Capel. Pós-graduação, Sistema Qualis e futebol. **Revista ADUSP**. São Paulo - SP, p. 51-56. 2009.
- PENCHANSKY, Roy; THOMAS, John William. The concept of access: definition and relationship to consumer satisfaction. **Medical Care**, v. 2, n. 19, p.127-140, 1981.

- RIOS, Roger Raupp. O direito fundamental à saúde e atividade legislativa. ALVES, Sandra Maria Campos; DELDUQUE, Maria Célia; NETO, Nicolao Dino. **Direito Sanitário em Perspectiva**. Volume 2. Brasília: ESMPU: Fiocruz, 2013. p. 169-180.
- ROCHA, Júlio César de Sá da. Direito Sanitário. In: \_\_\_\_\_. **Direito da Saúde – Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. 2ª. Edição, São Paulo: Editora Atlas. 2011, p.21-25.
- SANTOS, Lenir. A gestão interfederativa encontrando institucionalidade mediante atos legislativos e regulamentares. In: \_\_\_\_\_. **Sistema Único de Saúde: os desafios da gestão interfederativa**. Campinas SP: Editora Saberes, 2013, p. 167-240.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: . In: ASENSI, F.; PINHEIRO, R. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 99-116.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**. São Paulo - SP, v. 1, n. 1, p. 179-234, 2008.
- SIMÕES, Carlos. Os direitos sociais na Constituição de 1988 – Conceito. In: \_\_\_\_\_. **Teoria e crítica dos direito sociais: O Estado Social e o Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Cortez, 2013, p. 171-201.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. A contribuição epistemológica do pós-positivismo jurídico. Acessado em: 03/05/2014. Disponível em : <http://www.revistametodologiaufba.xpg.com.br/arquivos/artigo017.pdf>.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro. **Tese de Doutorado – Universidade Federal da Bahia**. Programa de Pós-graduação em Direito (Direito Público). 2008, 275 p.
- TRAVASSOS, Claudia; MARTINS, Mônica. Uma revisão sobre os conceitos de acesso e utilização de serviços de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro - RJ, v.20, Sup 2, p.190-198, 2004.

VIEIRA, Fabíola Supino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Nota Técnica n. 28. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Brasília – DF, 2016.

WARAT, Luis Alberto. Métodos de interpretação da lei como recurso ideológico e político. In: \_\_\_\_\_. **Introdução Geral ao Direito I – interpretação da lei – temas para reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1994, p. 65-92.