

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS - PPGCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO ECONÔMICO

MAGNO CARDOSO BRANDÃO

DIREITO À SAÚDE: NECESSIDADE DE PROTEÇÃO E
MEIOS DE EFETIVAÇÃO

JOÃO PESSOA - PB
2009

MAGNO CARDOSO BRANDÃO

**DIREITO À SAÚDE: NECESSIDADE DE PROTEÇÃO E
MEIOS DE EFETIVAÇÃO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direito Econômico, da Universidade Federal da Paraíba, como requisito para obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof^a. Dra. Marcela da Silva Varejão.

**JOÃO PESSOA - PB
2009**

B817d	Brandão, Magno Cardoso.
meios	Direito à saúde: necessidade de proteção e de efetivação/ Magno Cardoso Brandão. – João Pessoa, 2009.
—	134f. Orientadora: Marcela da Silva Varejão. Dissertação (Mestrado) - UFPB / CCJ. 1. Direito – Saúde. 2. Direito à Saúde. 3. Saúde Direitos Fundamentais. 4. Saúde – Obrigação do Estado. 5. Saúde – Meios de efetivação.
UFPB/BC	CDU: 34:614 (043)

MAGNO CARDOSO BRANDÃO

**DIREITO À SAÚDE: NECESSIDADE DE PROTEÇÃO E
MEIOS DE EFETIVAÇÃO**

BANCA EXAMINADORA

Data de aprovação: _____

Prof.^a Dr.^a Marcela da Silva Varejão
(Orientadora)

Membro da Banca Examinadora
(Examinador Interno)

Membro da Banca Examinadora
(Examinador Externo)

JOÃO PESSOA - PB
2009

À minha esposa Fernanda e à minha
filha Ana Clara, fontes de amor e de
coragem para continuar a batalha da
vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois sem Ele não há vitória.

À minha orientadora, Marcela Varejão, pelas suas sugestões e colaborações para a elaboração desta dissertação.

Aos demais docentes, bem como aos discentes e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, pelo compartilhamento de experiências e conhecimentos.

O estudo em geral, a busca da verdade e da beleza são domínios em que nos é consentido ficar crianças toda a vida.

Albert Einstein

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 elenca diversos princípios de proteção aos cidadãos, no sentido de assegurar-lhes o respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Por isso, tem o Estado o dever de observar tais princípios, a fim de que se possa dar igualdade de acesso a todos os indivíduos que procuraram o serviço público de saúde, conforme preconiza os art. 6º c/c 196, da Carta Magna, que trata da obrigação do Estado de prestar o serviço de saúde de forma integral e gratuita para aqueles que necessitam. Também existe uma vasta legislação infraconstitucional que regulamenta a proteção, promoção e recuperação da saúde. Assim, sabendo-se que a saúde é um direito fundamental social de todos e de obrigação do Poder Público, deve ser prestado, com eficiência, pelo Estado. Portanto, incumbe aos órgãos encarregados da prestação do serviço de saúde, principalmente, ao Sistema Único de Saúde, promover a devida efetivação. Sendo que, muitas vezes, tais órgãos não cumprem com o seu dever constitucional. Assim, este trabalho teve como objetivo, justamente, buscar a devida efetivação do direito à saúde para que todas as garantias e princípios fundamentais existentes no ordenamento jurídico brasileiro sejam respeitados. Daí decorreu a necessidade de examinar a responsabilidade do Estado e os meios de efetivação do mencionado serviço, mostrando a importância da prestação do serviço de saúde, a problemática existente, assim como o dever do Estado e sua possível responsabilização, e, ainda, analisando-se os meios de efetivação do direito à saúde, as legislações aplicáveis e os posicionamentos do Poder Judiciário brasileiro sobre a matéria. Com isso, procurou-se apontar soluções para a melhoria e devida efetivação do serviço de saúde.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito à Saúde. Obrigação do Estado. Meios de Efetivação.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 lists several principles for the protection of citizens, to assure compliance with citizenship and human dignity. Therefore, the State has the duty to observe these principles in order that we can give equal access to all individuals who sought public health services, as recommended by the art. 6 c / c 196, of the Constitution, which deals with the state's obligation to provide health services in full and free for those in need. There is also a vast constitutional legislation regulating the protection, promotion and restoration of health. So, given that health is a fundamental right of all social and obligation of the Government, should be provided with efficiency, by the State. Therefore, the role of bodies responsible for provision of health services, mainly to the National Health System, to promote proper enforcement. Since often these bodies do not comply with its constitutional duty. This work aimed to precisely check the proper realization of the right to health for all guarantees and principles existing in Brazilian law are respected. The effect was the need to examine the state's responsibility and the means of realization of such a service, showing the importance of providing health service, the existing problem as well as the duty of the state and its possible liability, and also analyzing the means of ensuring the right to health, applicable laws and the attitudes of the Brazilian Justice on the matter. He tried to find solutions for the improvement and proper realization of the health service.

Keywords: Fundamental Rights. Right to Health Obligation of the State. Means of Enforcement.

SIGLAS

ADN	Ácido Desoxirribonucléico
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARN	Ácido Ribonucléico
CEM	Código de Ética Médica
CNBs	Conselho Nacional de Biossegurança
CTN Bio	Comissão Técnica Nacional de Biossegurança
HUE	Hospitais Universitários e de Ensino
LOS	Lei Orgânica da Saúde
NOAS	Norma Operacional de Assistência à Saúde
NOB	Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde
OGMs	Organismos Geneticamente Modificados
OMS	Organização Mundial de Saúde
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE REGEM O DIREITO À SAÚDE.....	14
1.1 Importância dos princípios para a aplicação do direito.....	14
1.2 Breves considerações sobre a teoria dos direitos humanos.....	17
1.3 Dignidade da pessoa humana.....	19
1.4 A Cidadania em um Estado Democrático Social de Direito.....	26
1.5 Direito à liberdade e à igualdade como direitos fundamentais.....	33
1.6 O Direito à vida e a sua relação com a saúde.....	41
CAPÍTULO II - A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.....	48
2.1 Histórico e desenvolvimento do direito à saúde.....	48
2.2 Saúde: conceito e natureza jurídica.....	53
2.3 Princípios específicos do direito à saúde.....	63
2.4 Importância do estudo do direito sanitário.....	70
2.5 O papel do Sistema Único de Saúde – SUS.....	74
CAPÍTULO III MEIOS DE EFETIVAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA.....	85
3.1 Considerações gerais.....	85
3.2 A necessidade de implementação de políticas públicas de saúde.....	86
3.3 O Poder Judiciário como instância de efetivação.....	91
3.4 Ações judiciais em face do Estado X O princípio da “reservado possível”	97
3.4.1 Ação de obrigação e mandado de segurança em face do Estado omissor.....	98

3.4.2 Responsabilização civil do Estado pela má-prestação do serviço de saúde.....	103
3.4.3 O princípio da reserva do possível como aspecto econômico a ser observado na efetivação do direito à saúde.....	110
3.5 O papel do Ministério Público.....	112
3.6 A participação popular.....	120
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	125
REFERÊNCIAS.....	127

INTRODUÇÃO

A saúde é considerada pela nossa Constituição Federal, segundo preconizado em seus artigos 6º c/c 196, um direito fundamental social de todos e de obrigação do Estado, sendo, portanto, um direito público subjetivo de todos os cidadãos que necessitam da prestação desse serviço, de maneira que podem exigí-lo judicialmente do Estado quando este for omissivo na prestação condigna do mencionado serviço.

No entanto, a prestação do serviço de saúde pelo Poder Público é muito precária, em virtude de vários fatores como, por exemplo: a escassez de recursos para investimento nesta seara; a falta de estrutura do Estado; o elevado custo dos medicamentos e tratamentos; a falta de investimentos na orientação para prevenção de doenças, dentre outros, o que não poderia acontecer, pois a devida prestação do serviço à saúde deveria estar em primeiro lugar, assegurando-se, dessa maneira, a vida e a dignidade humana.

Importante frisar que as ações de serviços de saúde são de relevância pública e o Estado pode executá-los direta ou indiretamente, através da iniciativa privada, sob sua fiscalização e controle, com vistas à proteção, promoção e recuperação da saúde. Isso é feito com o objetivo de buscar a devida efetivação do direito à saúde para que todas as garantias e princípios fundamentais existentes no ordenamento jurídico brasileiro sejam respeitados.

Clarividentes as dificuldades crônicas que o Estado vem enfrentando no que diz respeito à prestação do serviço de saúde, sendo que, conforme já mencionado, é o responsável pela sua devida prestação, devendo, portanto, estabelecer prioridades para sua efetivação.

Assim, observa-se que o acesso à saúde é um direito fundamental social que assegura o respeito à dignidade humana. E por verificarmos que o Estado tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, disposta no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, tem também o dever de estabelecer mecanismos que assegurem a efetivação do serviço de saúde aos cidadãos que dele necessitem, devendo ser responsabilizado pela ação (prestação de serviço defeituoso) ou omissão na prestação do serviço de saúde.

Como se sabe, a Carta Federal contém princípios constitucionais que permeiam o ordenamento jurídico, alicerçando, também, o direito à saúde, não se podendo descartar de qualquer trabalho científico a análise do princípio jurídico, pois este influi na interpretação de normas inseridas na própria Constituição Federal.

E dentre os princípios fundamentais está, conforme já citado, o da *dignidade da pessoa humana*, entendido por alguns como a principal garantia constitucional. Apesar da não-definição de dignidade no texto constitucional, nada impede que a sua violação seja visível quando ocorrer, não impedindo que na prática social se possam apontar as violações reais que contra ela se realizam. A doutrina jurídica é enfática ao considerar a dignidade humana como o núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo, daí a importância do respeito e estudo desse princípio fundamentador da nossa Constituição Federal.

Aliado ao princípio da dignidade, um dos princípios constitucionais que também justificam o acesso do cidadão à saúde é o da “isonomia”. Portanto, dentro dessa prerrogativa de que "todos são iguais perante a lei", torna-se absolutamente premente a necessidade da realização de estudos e pesquisas que busquem a aferição do *modus operandi* verificado nos Órgãos encarregados da prestação do serviço de saúde.

Ainda, faz-se necessário dizer que o direito à saúde deve ser interpretado como um direito à igualdade de condições (equidade) no acesso aos serviços de saúde. É essa a interpretação mais adequada do artigo 196 da Constituição, que garante "acesso universal e igualitário" aos serviços e ações de saúde.

Da análise desses princípios e dos dispositivos constitucionais citados, verifica-se que a Constituição Federal considera o acesso à saúde uma garantia constitucional, devendo, dessa forma, a mesma ser prestada com eficiência pelo Estado. Acontece que, na concretização da prestação do serviço de saúde, o Estado, muitas vezes, provoca sérios prejuízos aos cidadãos, levando-os a suportar um ônus indevido, notadamente pelo mau funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS, que é precário, e os danos provocados pelos atos ou omissões estatais, não raramente, geram situações irreversíveis para os cidadãos, e daí decorre a necessidade de examinar a responsabilidade do Estado e os meios de efetivação do mencionado serviço.

Importante anotar que deve ser levada em consideração a perspectiva do cidadão que necessita da prestação do serviço de saúde como elementar ao acesso à saúde. Daí a necessidade de ampliar a via de acesso à saúde, como meio de evitar a perpetuação de insatisfações reprimidas e a consumação de decepções que constituem fator de generalizada insatisfação social e instabilidade das instituições democráticas.

É justamente o papel do Estado nessa prestação que nos leva a pesquisar se os preceitos constitucionais, ora em discussão, estão sendo observados pelos vários Órgãos encarregados de facilitar o acesso à saúde pelos cidadãos que dela necessitam, principalmente

o SUS, tendo em vista a Constituição Federal o considerar como uma instituição essencial à prestação do serviço de saúde, conforme preconiza o art. 198.

O presente trabalho tem como objetivo, assim, buscar mostrar a importância da prestação do serviço de saúde, a problemática existente, assim como o dever do Estado e sua possível responsabilização, analisando-se os meios de efetivação do direito à saúde, as legislações aplicáveis e os posicionamentos do Poder Judiciário brasileiro sobre a matéria, visando apontar soluções para a melhoria na prestação do serviço de saúde.

Para isso, o trabalho se estruturará em três capítulos. O primeiro abordará os princípios constitucionais e os direitos fundamentais que regem o direito à saúde, como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, analisando-se, por fim, o direito à vida, como sendo essencial para que se cumpra o preceito constitucional de ser a saúde um direito de todos e de obrigação do Estado.

O capítulo segundo tratará, especificamente, do direito à saúde, fazendo-se um pequeno histórico da existência desse direito, conceituando-a e estabelecendo os princípios que regem esse direito, perpassando pela análise da importância do Direito Sanitário, que aborda todos os estudos que dizem respeito à saúde, e pelo papel do Sistema Único de Saúde, o SUS, na defesa e proteção do direito à saúde.

No último capítulo, serão analisados os meios de efetivação da saúde pública, verificando-se quais os instrumentos que podem ser utilizados na proteção do direito à saúde. Para isso, observar-se-á a necessidade de implementação de políticas públicas de saúde, os instrumentos judiciais de obrigação e a responsabilização do Estado, além do papel do Ministério Público e do Poder Judiciário junto à tutela e defesa desse direito fundamental social, sem esquecer da importante participação popular nesse processo.

É justamente esse dever do Estado que justifica a propositura do nosso trabalho, pois é exatamente a preocupação com a possibilidade do não-cumprimento dessa obrigação que nos leva a estudar o direito fundamental social à saúde, a fim de que haja o seu fiel cumprimento junto aos órgãos encarregados de prestá-lo.

Também será uma excelente oportunidade de se verificar a importância dos direitos e garantias fundamentais, bem como de se aplicar os princípios constitucionais no campo da efetiva proteção e prestação jurisdicional do Estado aos cidadãos que buscam a efetivação, pelo Poder Público, do direito à saúde, não se constituindo como a última palavra sobre o assunto, mas contribuindo para que esse direito venha a ser respeitado cada vez mais.

CAPÍTULO I

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE REGEM O DIREITO À SAÚDE

1.1. Importância dos princípios para a aplicação do direito

A Constituição Federal configura-se como a lei máxima de um Estado Democrático de Direito. Seu texto exprime um conjunto de normas fundamentais que demandam observância por parte de todos os entes e de todas as pessoas, especialmente o Estado e o legislador infraconstitucional. É por isso que a Constituição é denominada de a lei fundamental do Estado, o que faz com que suas normas ocupem o ápice da pirâmide jurídica, caracterizando-se pela imperatividade de seus comandos.

O texto constitucional decorre de uma decisão política fundamental, que, espelhando conteúdo político-social, traduz a síntese de aspirações e anseios sociais, que demarcam um ideal consagrado pela Carta Magna¹. Para Canotilho², as normas do direito constitucional constituem uma “lex superior”, que recolhe o fundamento de validade em si própria. Por isso, afirmam-se como fontes de produção de outras normas jurídicas. Significa que todos os atos dos poderes políticos devem estar em conformidade com a Constituição.

A Carta Magna consagra, pois, um conjunto de normas fundamentais que organiza a estrutura do Estado e delimita as relações de poder. Por assim ser considerada, reflete nos cidadãos uma forma de proteção e defesa em favor dos seus interesses. Vários são os princípios que norteiam a Constituição, constituindo-se como vigas mestras sobre os quais se constrói o sistema jurídico.

Na verdade, a doutrina constitucional se encontra atualmente no que os estudiosos do direito entendem se chamar de estado principiológico, pois os princípios obtiveram uma importância significativa para a aplicação do direito. Com efeito, a aplicação dos princípios se torna fundamental para a efetivação das normas jurídicas.

¹ PIOVESAN, Flávia. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constituintes programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, junho de 1992. p. 65.

² CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 141.

Analisando os princípios na Constituição Federal de 1988, enfatiza Celso Ribeiro Bastos³:

Em resumo, são os princípios constitucionais aqueles valores albergados pelo Texto Maior a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e finalmente, o que é mais importante, espalhar os seus valores, pulverizá-los sobre todo o mundo jurídico. Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isso só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios essa meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas.

Sob esse prisma, Jane Reis Gonçalves Pereira⁴, afirma que a importância recente do constitucionalismo está no esforço de tutelar juridicamente os direitos fundamentais, como passo indispensável para a construção do referido Estado Democrático de Direito, esclarecendo: “Em consequência, a jurisdição dos direitos fundamentais tem buscado estabelecer uma série de pautas e critérios destinados a garantir a efetividade jurídica desses direitos”.

Assim, nesse esforço de busca da efetividade jurídica dos direitos fundamentais, essencial a observância e respeito aos princípios, pois fazem parte do ensinamento jurídico e não podem ser afastados do estudo do direito. Rizzatto Nunes⁵, inclusive, afirma que nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio, apontando para a necessidade de estudo e aplicação dos princípios:

(...) temos de afirmar que os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, não só pelo aplicador do Direito mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. Assim, estudantes, professores, cientistas, operadores do Direito – advogados, juizes, promotores públicos etc. -, todos têm de, em primeiro lugar, levar em consideração os princípios norteadores de todas as normas jurídicas existentes.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 161.

⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 2.

⁵ NUNES, Rizzatto. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19.

Para o referido autor, os princípios constituem “supranormas”, já que agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas, o que leva qualquer operador do direito alçar-se ao nível dos princípios na análise dos problemas jurídicos.

Percebe-se, assim, que os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, uma vez que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral. Os princípios, por sua qualidade normativa especial, dão coesão ao sistema jurídico, exercendo excepcional fator aglutinante⁶.

Analisando o conceito de princípio, Sidney Guerra e Lilian Márcia Balmant Emerique⁷ afirmam:

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Importante aqui trazer o entendimento de Antônio Carlos Segatto⁸ sobre as funções dos princípios. Segundo o autor, os princípios cumprem três funções relevantes: fundamentadora da ordem jurídica (diz respeito à eficácia derogatória e diretiva dos princípios em relação às normas que lhe sejam incompatíveis), interpretativa (os princípios cumprem o objetivo de orientar as soluções jurídicas que devem ser processadas em face dos casos submetidos à apreciação do intérprete) e supletiva (os princípios realizam a tarefa de integração do direito, suplementando as lacunas regulatórias da ordem jurídica ou as ausências de sentido regulador constatáveis em regras ou em princípios de maior grau de densidade normativa).

Da análise das funções acima referidas, o autor chega a seguinte conclusão: “Ao se constituírem em mandamento nuclear de um sistema jurídico, os princípios irradiam seus efeitos sobre as regras jurídicas, servindo de paradigma para a interpretação e concretização de todo o ordenamento”⁹.

⁶ NUNES, Rizzatto. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37-39.

⁷ GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. p. 379-397.

⁸ SEGATTO, Antônio Carlos. Princípios constitucionais e dignidade da pessoa humana como condicionantes à concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Ciências Jurídicas*. Universidade Estadual de Maringá, Curso de Mestrado em Direito. V. 1. n. 1. 1997. Maringá, PR: Stampa, 2003. p. 50-51.

⁹ SEGATTO, Antônio Carlos. Princípios constitucionais e dignidade da pessoa humana como condicionantes à concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Ciências Jurídicas*. Universidade Estadual de Maringá, Curso de Mestrado em Direito. V. 1. n. 1. 1997. Maringá, PR: Stampa, 2003. p. 48.

1.2. Breves considerações sobre a teoria dos direitos humanos

Conforme enfatiza Eduardo Rabenhorst¹⁰, a teoria dos direitos humanos é uma invenção moderna, pois até o final da Idade Média o Direito não passava de deveres e obrigações sem pretensões ou interesses subjetivos. No entanto, isso não quer dizer que na antiguidade não existissem culturas defensoras do respeito aos seres humanos, mas a idéia de que todos os seres humanos possuem o mesmo valor e que são titulares de um conjunto de direitos inalienáveis e imprescritíveis se mostra mais afeita aos tempos modernos¹¹.

A partir dessa preocupação com o respeito ao ser humano é que surge uma nova concepção de direito que, para ser devidamente efetivado e exigido, necessita ser acolhido pelo direito positivo. Immanuel Kant¹², inclusive, enfatiza na necessidade de os direitos humanos serem efetivados por uma legislação positiva.

Importante frisar que a teoria dos direitos humanos não é uma fórmula completa e acabada, uma vez que os direitos humanos estão em constante transformação.

Rabenhorst¹³ destaca que a primeira tarefa de uma teoria dos direitos humanos é explicar o significado da expressão “direitos humanos”, o que não é tarefa fácil, pois aparenta ser uma expressão redundante, já que todo direito é humano. Entretanto, mostra que a expressão deve ser entendida no sentido de direitos indispensáveis ao ser humano, vez que este possui certas necessidades essenciais e indispensáveis ao pleno desenvolvimento de uma vida digna. Essa dignidade, conforme enfatiza o autor, deve ser considerada a partir de uma perspectiva coletiva, e não estritamente individual, compreendendo um valor coletivo que deve ser protegido até mesmo da própria vontade dos indivíduos, na medida em que o exercício puro e simples da autonomia poderia ensejar o surgimento de direitos paradoxais como a prostituição, o consumo de entorpecentes, dentre outros.

Nessa senda, faz-se necessário, apenas a título informativo, trazer a baila a distinção que a doutrina faz entre direitos humanos e direitos fundamentais. Na verdade, conforme expõe o autor *suso* mencionado, todos os direitos indispensáveis para que o ser humano viva

¹⁰ RABENHORST, Eduardo Ramalho. Teoria do Direito e teoria dos direitos humanos. *Direitos humanos: história, teoria e prática*. (organizador, Giuseppe Tosi). João Pessoa: Editora Universitária, 2005. p. 205.

¹¹ O processo contínuo de internacionalização dos direitos humanos, através de tratados e convenções, torna-se mais dinâmico no século XX, quando a Assembléia das Nações Unidas aprova a Declaração Universal dos direitos humanos de 1948.

¹² KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003.

¹³ RABENHORST, Eduardo Ramalho. Teoria do Direito e teoria dos direitos humanos. *Direitos humanos: história, teoria e prática*. (organizador, Giuseppe Tosi). João Pessoa: Editora Universitária, 2005. p. 208-213.

com dignidade, são direitos humanos. Ocorre que, quando estudados à nível de nacional e internacional, os direitos humanos são chamados de direitos humanos absolutos, para significar aqueles direitos que todas as pessoas possuem em relação ao conjunto dos outros seres humanos, e de direitos humanos relativos ou direitos fundamentais, aqui para expressar os direitos pertencentes a todos os membros de uma determinada comunidade legal.

Partindo-se da idéia de que os seres humanos são detentores de um mesmo e intrínseco valor, bem como de que possuem necessidades essenciais para que possam viver com dignidade, o próximo passo, conforme coloca Rabenhorst¹⁴, é identificar, dentre as várias necessidades humanas, aquelas que são efetivamente fundamentais para a obtenção de uma vida digna. E a lista de necessidades humanas fundamentais vem sendo difundida tanto no plano nacional, através da Constituição Federal, como no plano internacional, via tratados e convenções.

Necessário destacar que a dignidade da pessoa humana, conforme lecionam Luiz Edson Fachin e Ingo Wolfgang Sarlet, é considerada a base dos direitos fundamentais, pois estes são direitos essenciais para a consecução de uma vida digna.

Luiz Edson Fachin¹⁵ anota que: “(...) A dignidade da pessoa humana foi pela Constituição concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. E, como tal, lança seu véu por toda a tessitura condicionando a ordem econômica, a fim de assegurar a todos existência digna”.

Ingo Sarlet¹⁶, por sua vez, sustenta que a dignidade da pessoa humana funciona como um princípio e valor fundamental que oferece base e sentido às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

De fato, observa-se um verdadeiro reconhecimento dos direitos humanos como sendo um instrumento fundamental de tutela e proteção de um mínimo necessário para que todo homem viva com dignidade, protegendo-lhe, inclusive, das arbitrariedades e injustiças do Poder Público.

Na Constituição Federal brasileira, por exemplo, os direitos fundamentais estão prescritos nos artigos 5º e 6º, o primeiro dispositivo assegurando os direitos e garantias fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e o segundo estabelecendo os direitos sociais, os quais objetivam o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos, como saúde, moradia, educação, dentre outros.

¹⁴ RABENHORST, Eduardo Ramalho. Teoria do Direito e teoria dos direitos humanos. *Direitos humanos: história, teoria e prática*. (organizador, Giuseppe Tosi). João Pessoa: Editora Universitária, 2005. p. 208-213.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 193.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 72-73.

Dessa forma, a saúde, objeto de estudo do presente trabalho, é considerada um direito fundamental social, tendo em vista ter sido selecionada, pela Carta Magna, como uma das necessidades humanas que deve ser assegurada aos cidadãos, a fim de que estes tenham preservada sua dignidade de pessoa humana. Esta, conforme será analisado, é considerada um princípio constitucional fundamental à aplicação e efetivação das normas constitucionais, devendo, portanto, ser devidamente observado e respeitado.

1.3. Dignidade da pessoa humana

Dentre os princípios previstos na Constituição Federal brasileira, destaca-se a dignidade da pessoa humana, como um instrumento eficaz para a aplicação das normas constitucionais e elemento basilar do Estado Democrático de Direito, devendo, pois, ser respeitada, a fim de que sejam protegidos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à saúde etc.

De acordo com Helena Regina Lobo da Costa¹⁷, a dignidade humana possui uma forte carga de fundamentação jurídica, principalmente no que se refere à limitação do poder do Estado e aos direitos fundamentais, o que é expresso pelo art. 1º, da Constituição Federal de 1988. Segundo ela, a Constituição traduz uma escolha política elementar, “a de que o Estado e a sociedade estão centrados na pessoa e objetivam seu respeito e a promoção de uma vida digna”.

Na verdade, o Estado deve respeitar a dignidade humana e os direitos fundamentais para que possa ser considerado um Estado de direito, que se legitima não só pela subordinação à lei, que é a fonte principal do direito, mas também a valores fundamentais, consubstanciados na dignidade humana.

Efetivamente, a Constituição de 1988 representou uma superação dos padrões vigentes nas constituições anteriores, no que se refere à defesa e promoção da dignidade da pessoa humana. O legislador constituinte buscou estruturá-la de forma a atribuir-lhe plena normatividade em todos os sistemas jurídicos. Atribuiu-lhe também a função de base ou fundamento do Estado Democrático de Direito. Fladimir Jerônimo Belinati Martins¹⁸,

¹⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 36.

¹⁸ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 52.

entendendo a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental, leciona:

Além disso, a Constituição de 1988, ao instituir um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais, tanto individuais quanto coletivos, o qual constitui o núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, buscou não só preservar, mas, acima de tudo, promover a dignidade da pessoa humana, de tal sorte que – já se disse alhures – sempre se poderá extrair o princípio a partir deste amplo rol protetivo. Aliás, a Carta se preocupou não apenas com a instituição mas também com a efetivação destes direitos, atribuindo um papel ativo ao cidadão e ao Judiciário. Buscou também superar a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar a liberdades positivas, realçando o aspecto promocional da atuação estatal.

Do mesmo posicionamento partilha Antônio Carlos Segatto¹⁹:

Por certo, a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, constitui o valor supremo da ordem jurídica, por se tratar da fonte jurídica-positiva dos direitos fundamentais e princípio absoluto, por se considerar que a noção de Estado Democrático de Direito está, de forma indissociável, vinculada à concretização dos direitos fundamentais, em face da sua função transformadora.

Verifica-se, assim, que o respeito à dignidade da pessoa humana deve nortear todas as relações em sociedade, destacando-se como valor ético a ser perseguido, que deve ser utilizado por todos os operadores jurídicos para a efetiva concretização dos direitos fundamentais, inclusive no que diz respeito ao direito à saúde, o que será visto mais adiante.

Nesse aspecto, essencial é o papel do Estado, o qual precisa tomar providências, de modo que os indivíduos tenham condições mínimas para viver com dignidade. Essa foi a preocupação do legislador constituinte, cuidando para que o Estado proporcionasse condições de existência digna aos cidadãos.

Willis Santiago Guerra Filho²⁰ entende que de todos os princípios enunciados no art. 1.º, III, da Constituição Federal de 1988, o respeito à dignidade da pessoa humana merece destaque especial:

¹⁹ SEGATTO, Antônio Carlos. Princípios constitucionais e dignidade da pessoa humana como condicionantes à concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Ciências Jurídicas*. Universidade Estadual de Maringá, Curso de Mestrado em Direito. V. 1. n. 1. 1997. Maringá, PR: Stampa, 2003. p. 59-60.

²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 33.

O princípio mereceu formulação clássica na ética kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde a que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente um sujeito. Esse princípio demarcaria o que a doutrina constitucional alemã, considerando a disposição do art. 19, II, da Lei Fundamental, denomina de núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais.

Assim, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado, pela maioria dos doutrinadores, como fundamento essencial que rege os demais princípios, e que o exercício do poder e a ordem estatal só serão legítimos se observarem o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana, que constitui verdadeiro pressuposto da democracia.

Alexandre de Moraes²¹ entende que a dignidade da pessoa humana confere unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente aos seres humanos. A esse respeito, enfatiza:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Marcelo Novelino²², por sua vez, considera a dignidade da pessoa humana como um valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais:

A dignidade em si, não é um direito fundamental, mas um *atributo* inerente a todo ser humano ou simplesmente um *valor*. Todavia, existe uma relação de mútua dependência entre ela e os direitos fundamentais, pois ao mesmo tempo em que estes surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente através da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada e protegida. A exigência de cumprimento e promoção dos direitos fundamentais encontra-se estreitamente vinculada ao respeito à dignidade da pessoa humana, razão pela qual estes direitos “são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos”.

²¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 50.

²² NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008. p. 248-249.

Do mesmo entendimento partilham Sidney Guerra e Lilian Márcia Balmant Emerique²³:

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de o respeitar, o proteger e o promover as condições que viabilizem a vida com dignidade.

Em assim sendo, qualquer norma que venha a violá-lo deve ser afastada, pois não se pode perder de vista que o objetivo da Constituição Federal é garantir que as pessoas possam viver numa sociedade justa e igualitária. Sobre a matéria, transcreve-se a lição de Ingo Wolfgang Sarlet²⁴:

A relação entre a dignidade da pessoa humana e as demais normas de direitos fundamentais não pode, portanto, ser corretamente qualificada como sendo, num sentido técnico-jurídico, de cunho subsidiário, mas sim caracterizada por uma substancial fundamentalidade que a dignidade assume em face dos demais direitos fundamentais. É nesse contexto que se poderá afirmar, na esteira de Geddert-Steinacher, que a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa.

No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève²⁵, demonstra que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado a base essencial de todo o ordenamento jurídico e de todo o sistema de direitos fundamentais, constituindo-se como valor supremo: “Verifica-se, dessa maneira, que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais”. Esse também é o entendimento de Renato Kenji Higa²⁶:

O artigo 1º, III, da Constituição Federal assegurou a dignidade humana como um fundamento do Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana é um princípio que engloba todas as demais normas

²³ GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. p. 379-397.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 103-104.

²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, Ano II, n. 8. jul – set. 2003. p. 152-153.

²⁶ HIGA, Renato Kenji. *A dignidade da pessoa humana e o positivismo jurídico*. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com>>. Acesso em: 30 out. 2006.

jurídicas, razão pela qual todas as normas infraconstitucionais que não se compatibilizem devem ser, conforme o caso, tidas como revogadas ou declaradas inconstitucionais. A sua importância serve de critério norteador para o criador do direito (legislador) e aplicador do direito (juiz).

O texto constitucional utiliza a noção de dignidade dentro de uma preocupação humanista, ou seja, como aquela que deve ser concedida a toda pessoa humana. José Afonso da Silva²⁷, interpretando os ensinamentos de Kant, assinala que a dignidade é um valor interno da pessoa humana que não admite substituto equivalente. Para ele, a dignidade se confunde com a própria natureza do ser humano.

Do mesmo entendimento partilha Eduardo Ramalho Rabenhorst²⁸, o qual considera a dignidade uma “categoria moral” relacionada com a própria representação que se faz da condição humana. Para ele, a dignidade constitui a “qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres”.

Mas o princípio da dignidade da pessoa humana só adquiriu contornos universalistas quando da instituição da Declaração Universal de Direitos do Homem, que o concebeu em seu preâmbulo, “considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo...”. Já o seu artigo 1º dispõe que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Como se pode observar, a dignidade da pessoa humana vem sendo conceituada como um valor supremo que supera muitos outros princípios importantes do ordenamento jurídico atual, como o princípio da igualdade e da cidadania, isso porque a dignidade é inerente à pessoa humana e não pode ser desrespeitada em hipótese alguma.

Além do mais, a dignidade garante o respeito à integridade física e psíquica, garante os pressupostos materiais mínimos para o desenvolvimento da vida e respeita as condições de liberdade, para que haja sempre uma convivência social igualitária²⁹. E não poderia ser diferente, pois o direito surgiu para impor um mínimo de ordem e direção para reger a sociedade.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana tem seu conteúdo definido, principalmente, a partir do conteúdo de alguns direitos fundamentais, como: vida, integridade

²⁷ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 212: 89-94, abr./jul. 1998. p. 90.

²⁸ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 15.

²⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, ano 91. mar. 2002. p. 25.

física e psíquica, liberdade, respeito e garantia de condições mínimas de vida, autonomia e igualdade³⁰.

Observe-se o que aponta Nelson Rosenvald³¹ sobre o assunto:

Percebemos que o significado de dignidade se relaciona ao respeito inerente a todo o ser humano – por parte do Estado e das demais pessoas – independentemente de qualquer noção de patrimonialidade. É simultaneamente valor e princípio, pois constitui elemento decisivo para a atuação de intérpretes e aplicadores da Constituição no Estado democrático de Direito. O homem se encontra no vértice do ordenamento jurídico, pois o direito só se justifica em função do ser humano.

Segundo o referido autor, todo direito é criado para servir ao homem, constituindo-se como o regulamento organizador de uma comunidade. Na verdade, o direito surgiu para impor normas ou regras de conduta aos indivíduos para que houvesse um convívio harmônico entre os povos. E a dignidade vem antes desse próprio direito, por ser considerado um atributo natural de qualquer pessoa.

E não é só isso, a própria Constituição Federal se coloca na direção para a implementação da dignidade no meio social, ao dispor sobre os direitos fundamentais e sociais, e que devem ser respeitados. É o que afirma Rizzatto Nunes³², ao estudar os ensinamentos do professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

Diz o jurista paulista que, para começar a respeitar a dignidade humana tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna, que por sua vez está atrelado ao *caput* do art. 225, normas essas que garantem como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição, assim como direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.

No mesmo sentido elucida Nelson Rosenvald³³:

Os direitos e as garantias fundamentais do ser humano, localizadas no art. 5º, decorrem dos princípios fundamentais, mais especificamente do respeito à dignidade. Isso demanda o estabelecimento de condições humanas de vida

³⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 56.

³¹ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Prof. Agostinho Alvim). p. 08.

³² NUNES, Rizzatto. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 51.

³³ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Prof. Agostinho Alvim). p. 38.

e promoção da personalidade de cada ser humano. Sempre lembrando Kant, não haverá dignidade quando multidões sucumbem à fome, à falta de habitação, de saneamento e de saúde, pois deixam de ser pessoas e fins em si, convertendo-se em coisas, pois relativizada e desqualificada a condição de meios para a satisfação de interesses alheios.

Efetivamente, o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana fundamenta as sociedades e o direito moderno, não podendo ser diferente com o Direito Sanitário, que será abordado no próximo capítulo, tendo em vista que esse ramo do direito organiza-se em função da necessidade de se proteger a dignidade da pessoa, para que o ser humano possua saúde mental, física e social, requisito básico para se ter uma vida digna e respeitada.

Segundo Fernando Aith³⁴, a proteção da dignidade da pessoa humana representa um dos fundamentos do Estado brasileiro, o que permite qualificá-lo como princípio matricial do direito, posto que de seu conteúdo derivam outros princípios protetores dos direitos humanos fundamentais. Mas a sua aplicação jurídica se mostra ilimitada, em razão das possíveis violências que pode vir a sofrer:

(...) A dignidade de um ser humano é compreendida como um direito inalienável e imprescritível. Pessoas que não têm capacidade de discernir o que fere ou o que não fere a sua dignidade devem ser protegidas pela sociedade e pelas leis. Este é o fundamento jurídico essencial que justifica a proteção de crianças e adolescentes que ainda não concluíram a sua formação e que não possuem plena capacidade de discernir o certo do errado. Também é o fundamento para a proteção jurídica dada às pessoas portadoras de deficiências mentais que afetam a sua capacidade de escolha. A dignidade humana protege também os seres humanos que vivem em situação de hipossuficiência e miséria, pois as condições materiais de vida de uma pessoa muitas vezes podem levá-la a rebaixar-se abaixo de um nível mínimo de dignidade que pode ser aceito pela humanidade (...).

Como bem enfatizou o autor, a dignidade humana é um direito que não pode ser alienado e que não prescreve, pois constitui uma condição natural de toda pessoa. Mas apesar de ser um direito constitucionalmente protegido, muitas vezes se observa o desrespeito a esse princípio, especialmente pelo Estado, que é o ente encarregado de promover a defesa de todos.

Entretanto, mesmo que se verifique a preocupação com os direitos fundamentais e a valorização da dignidade da pessoa humana, porque são tutelados pela Constituição Federal, muitas questões práticas vêm sendo discutidas nos Tribunais pátrios justamente porque houve a violação a esse direito.

³⁴ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 166-167.

É o que observa Daniel Sarmiento³⁵, quando diz que o Estado tem o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. Segundo ele, o homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.

Mas não é só a dignidade da pessoa humana que permeia todos os direitos como princípio a ser respeitado e seguido. Muitos outros também têm o seu valor fundamental para que uma norma jurídica seja concretizada, a exemplo dos princípios da liberdade e da igualdade, assim como a cidadania, que serão vistos também como aqueles que protegem o direito à saúde.

1.4. A Cidadania em um Estado Democrático Social de Direito

Já foi visto que em razão das várias alterações que ocorreram nas relações jurídicas os operadores do direito passaram a se preocupar em proteger o ser humano dessas relações. Isto é, começaram a buscar a segurança necessária para garantir os direitos fundamentais nessas relações.

E assim como a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 elenca a cidadania como o segundo fundamento do Estado brasileiro. Muitos doutrinadores encontram dificuldades para definir o que seja a cidadania, pois ora a relacionam com a perda ou aquisição da nacionalidade, ora a identificam com os direitos políticos de votar e ser votado.

Neste caso, pode-se dizer que aqueles que estão no pleno exercício de seus direitos podem participar da vida política, inclusive votando ou sendo votado, o que determina a base da democracia. Ou seja, o povo escolhendo os seus representantes para lutar por seus direitos e por uma vida digna.

O conceito de cidadania foi abordado de várias formas por diversos autores. Nesse aspecto, tornou-se clássica e referencial a concepção de Thomas H. Marshall³⁶. Este, em 1949, propôs a primeira teoria sociológica de cidadania ao desenvolver os direitos e obrigações inerentes à condição de cidadão. Marshall estabeleceu a seguinte tipologia dos direitos de

³⁵ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 71.

³⁶ MARSHALL, Thomas Humprey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

cidadania: os direitos civis, conquistados no século XVIII; os direitos políticos, alcançados no século XIX, e os direitos sociais, conquistados no século XX.

Com efeito, a definição de cidadania inerente à sociedade contemporânea se encontra no ensaio clássico de Marshall. Em sua obra, a cidadania foi concebida como a participação integral do indivíduo na comunidade política. Manifestava-se, por exemplo, como lealdade ao padrão de civilização vigente e à sua herança social, e como acesso ao bem-estar e à segurança material. Desde as concepções de Marshall, o conceito de cidadania vem sendo consideravelmente ampliado. Deixou de abranger apenas os direitos e deveres políticos, para incorporar também os direitos civis, sociais e econômicos. Hoje, o conceito de cidadania está associado à participação integral na comunidade.

Observa-se que a participação popular nos movimentos sociais, políticos e econômicos do Estado se tornou parte principal no processo de desenvolvimento da cidadania. E é por isso que, como princípio constitucional fundamental, a cidadania deve ser respeitada em favor dos interesses dos cidadãos, com o objetivo de se concretizar um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Analisando o conceito de cidadania, Valério de Oliveira Mazzuoli³⁷ assinala:

A cidadania é um processo em constante construção, que teve origem, historicamente, com o surgimento dos direitos civis, no decorrer do século XVIII – chamado Século das Luzes –, sob a forma de direitos de liberdade, mais precisamente, a liberdade de ir e vir, de pensamento, de religião, de reunião, pessoal e econômica, rompendo-se com o feudalismo medieval na busca da participação na sociedade. A concepção moderna de cidadania surge, então, quando ocorre a ruptura com o *Ancien Régime* absolutista, em virtude de ser ela incompatível com os privilégios mantidos pelas classes dominantes, passando o ser humano a deter o *status* de “cidadão”, tendo assegurados, por um rol mínimo de normas jurídicas, a liberdade e a igualdade, contra qualquer atuação arbitrária do então Estado-coator.

Milena Petters Melo³⁸, entende que a nova ordem constitucional implantada em 1988 objetivou instaurar o processo de redemocratização no Brasil. Nesse sentido, estabeleceu uma série de direitos e garantias fundamentais que viriam a criar uma nova concepção de cidadania e exercício democrático. A esse respeito, afirma:

O conceito de cidadania, configurado no âmbito do saber jurídico-constitucional dominante no Brasil, frequentemente peca pela limitação,

³⁷ MAZZUOLÍ, Valério de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação: do pós-segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

³⁸ MELO, Milena Petters. *Cidadania e direitos humanos: uma nova práxis a partir da ordem constitucional de 1988*. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: junho, 1999.

posto estar calcado em concepções nitidamente liberais, embevecidas na idéia de democracia formal representativa, que o vinculam à nacionalidade, restringindo o seu exercício ao direito de votar e ser votado e à faculdade de ocupar cargos públicos. No entanto, a *práxis* da cidadania não se limita ao instante periódico do voto, ela está profundamente vinculada à concretização dos direitos fundamentais e ao exercício democrático.

Cidadania deve ser entendida, assim, como meio concreto de realização da soberania popular. Seu exercício compreende uma variedade de direitos que se opõem à ação dos poderes públicos que tragam prejuízo para a sociedade. A doutrina destaca o processo de internacionalização dos direitos humanos, iniciado com a proclamação da Declaração Universal de 1948, e reiterado na segunda Conferência de Viena, em 1993. Com a consolidação desse processo, os cidadãos passaram a ter seus direitos e garantias fundamentais mínimos assegurados constitucionalmente.

Sobre o conceito de cidadania, Liszt Vieira³⁹ esclarece:

A República Moderna não inventou o conceito de cidadania, que, na verdade, se origina na República Antiga. A cidadania em Roma, por exemplo, é um estatuto unitário pelo qual todos os cidadãos são iguais em direitos. Direitos de estado civil, de residência, de sufrágio, de matrimônio, de herança, de acesso à justiça, enfim, todos os direitos individuais que permitem acesso ao direito civil. Ser cidadão é, portanto, ser membro de pleno direito da cidade, seus direitos civis são plenamente direitos individuais. Mas ser cidadão é também ter acesso à decisão política, ser um possível governante, um homem político. Esse tem direito não apenas a eleger representantes, mas a participar diretamente na condução dos negócios da cidade.

Para a autora, a cidadania pode cumprir um papel libertador e contribuir para a emancipação humana. Nesse contexto, cabe ao direito o papel normativo de regular as relações entre o indivíduo e o Estado, bem como entre os direitos e deveres da cidadania, definindo as regras da vida democrática:

A cidadania, definida pelos princípios da democracia, se constitui na criação de espaços sociais de luta (movimentos sociais) e na definição de instituições permanentes para a expressão política (partidos, órgãos públicos), significando necessariamente conquista e consolidação social e política. A cidadania passiva, outorgada pelo Estado, se diferencia da cidadania ativa em que o cidadão, portador de direitos e deveres, é essencialmente criador de direitos para abrir novos espaços de participação política⁴⁰.

³⁹ VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 27.

⁴⁰ VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 40.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴¹ conceitua a cidadania como um estágio acrescido de direitos políticos, ou seja, o poder de participar do processo governamental, sobretudo pelo voto. Tomando como base esse conceito, entende-se que a cidadania tem por conteúdo a nacionalidade, somada ao gozo dos direitos políticos. Ainda hoje, existem concepções entendendo que o conceito de cidadania é reduzido ao exercício dos direitos políticos dos indivíduos.

Acontece que o conceito de cidadania, por sua amplitude, não pode englobar apenas o exercício dos direitos políticos. Envolve também a relação jurídica entre o cidadão e o Estado, onde se delimitam direitos e deveres recíprocos. Expressa-se ainda em uma ampla participação social e política da sociedade, na qual se assegure o respeito aos direitos humanos. Para Alexandre César⁴², falar em cidadania é falar também em direitos humanos, uma vez que a história dos direitos humanos se confunde com a história das lutas de libertação do homem:

Esse caráter pluralista da construção de um novo conceito de cidadania, pautado na efetivação dos direitos humanos, encontra na sociedade contemporânea, mormente na brasileira, quicá por seu caráter semiperiférico, materialização através de inúmeras formas de organizações, mobilização e luta política.

De acordo com Paulo Hamilton Siqueira Jr. e Miguel Augusto Machado de Oliveira⁴³, a partir da Constituição Federal de 1988 e com o desenvolvimento do Estado Democrático e Social de Direito, o conceito de cidadania ganhou um sentido mais amplo do que o simples exercício do voto, pois exige uma participação mais efetiva do povo na vida e nos problemas do Estado. Para os autores, “cidadão é aquele que participa dos negócios do Estado”.

Efetivamente, esse conceito é entendido como a consciência de participação dos indivíduos na vida da sociedade e nos negócios que envolvem o âmbito do Estado. Devem participar, em igualdade de direitos e obrigações, através da construção da convivência coletiva, com base num sentimento ético comum capaz de torná-los partícipes no processo do poder e garantir-lhes o acesso ao espaço público. Nesse sentido, esclarece Valério de Oliveira Mazzuoli⁴⁴:

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 105.

⁴² CÉSAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: EdUFMT, 2002. p. 45.

⁴³ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 237.

⁴⁴ MAZZUOLÍ, Valério de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação: do pós-segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

Enfim, a Constituição de 1988, enriqueceu e ampliou os conceitos de cidadão e cidadania. Seu entendimento, agora, como bem leciona o Prof. José Afonso da Silva, “decorre da idéia de Constituição dirigente, que não é apenas um repositório de programas vagos a serem cumpridos, mas constitui um sistema de previsão de direitos sociais, mais ou menos eficazes, em torno dos quais é que se vem construindo a nova idéia de cidadania”. De forma que, não mais se trata de considerar a cidadania como simples qualidade de gozar direitos políticos, mas sim de aferir-lhe um núcleo mínimo e irredutível de direitos (fundamentais) que devem se impor, obrigatoriamente, à ação dos poderes públicos.

E como em um Estado Democrático os direitos humanos são reconhecidos a todas as pessoas, é de se auferir que o cidadão se torna agente capaz de atuar junto ao Estado na defesa de seus direitos. Com isso, pode-se afirmar que a Constituição brasileira estabeleceu a cidadania como um dos seus fundamentos para que todo indivíduo tivesse o direito a ter direitos.

Na verdade, a cidadania se torna um pressuposto para que a democracia venha a ser concretizada e respeitada. É o que entendem Paulo Hamilton Siqueira Jr. e Miguel Augusto Machado de Oliveira⁴⁵ ao estudar o assunto:

(...) A concretização da democracia ocorre pela cidadania, ou seja, pela participação política nos destinos da nação. A cidadania plena surge com os direitos sociais. Não existe direito de liberdade de expressão sem o direito à educação. “Afinal, o que é ser cidadão? Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranqüila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais” (...)

Bem colocada a afirmação dos autores quando reconhecem que a cidadania para ser plena deve assegurar ao cidadão os direitos civis, políticos e sociais. Portanto, como a saúde se insere no contexto dos direitos sociais, o que será abordado no capítulo seguinte, observa-se que para a cidadania plena ser concretizada o direito à saúde deve ser resguardado em todos os seus aspectos.

Nesse sentido, é oportuno dizer que se o direito à saúde não for respeitado e nem disponibilizado a todos os cidadãos em direito de igualdade, a cidadania não estará sendo

⁴⁵ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 242-243.

efetivada e não se poderá afirmar que a Constituição Federal de 1988, que preconiza um Estado Democrático de Direito, também foi aplicada de forma eficaz.

Verifica-se, assim, a necessidade do exercício pleno da cidadania e a afirmação dos direitos dos indivíduos para se obter o direito à saúde, o que engloba também o respeito à liberdade dos cidadãos e o direito à vida, ou seja, a preservação dos direitos sociais. É o que bem observam Roseni Pinheiro, Francini Lube Guizardi, Felipe Rangel S. Machado e Rafael da Silveira Gomes⁴⁶:

(...) Pensar as demandas como modo de construir social e historicamente os direitos sociais exige o reconhecimento das relações e interações como exercício da *liberdade* (para laguns, democracia), entendida segundo Hanna Arendt (2004) – ou seja, liberdade no sentido da política, cuja democracia constitui a principal condição de exercício. Política como inerente à própria condição humana, cujos sujeitos exprimem seus desejos, lutas e intencionalidades (SANTOS, 1999) e as *necessidades* e os *poderes* se entrelaçam, disputam e tensionam permanentemente a relação entre os objetos e os atos humanos, sem contudo separá-los.

Os autores entendem que essa relação implica em conceber ao direito à saúde um princípio educativo. Para tanto, estabelecem algumas atitudes que devem ser tomadas como medidas de transformação na área da saúde. Observe:

Nesse sentido, conceber o trabalho em saúde como princípio educativo pode ser um caminho interessante de se pensar e concretizar transformações. Por meio do ensino, pesquisa e serviços, podemos produzir saúde a partir de um conjunto de práticas que considerem as seguintes questões: a alteridade com os usuários permitindo uma nova estética da clínica; uma clínica baseada em pessoas e não somente em doenças; a autonomia dos usuários mediante diferentes articulações com os usuários, respeitando a liberdade de escolha da terapêutica; e aumento da permeabilidade do controle social, que inclua o contato com instâncias de controle social, articulações de usuários, associações de pacientes portadores ou não de problemas especiais, mobilização dos estudantes em projetos de suporte acadêmico à rede e/ou populações especiais e/ou de conhecimento da organização do sistema de saúde⁴⁷.

⁴⁶ PINHEIRO, Roseni; GUIZARDI, Francini; MACHADO, Felipe Rangel S.; GOMES, Rafael da Silveira. Demanda em saúde e direito à saúde: liberdade ou necessidade? Algumas considerações sobre os nexos constituintes das práticas de integralidade. *Construção social da demanda: direito à saúde, trabalho em equipe, participação e espaços públicos*. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ: ABRASCO, 2005. p. 27.

⁴⁷ PINHEIRO, Roseni; GUIZARDI, Francini; MACHADO, Felipe Rangel S.; GOMES, Rafael da Silveira. Demanda em saúde e direito à saúde: liberdade ou necessidade? Algumas considerações sobre os nexos constituintes das práticas de integralidade. *Construção social da demanda: direito à saúde, trabalho em equipe, participação e espaços públicos*. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ: ABRASCO, 2005. p. 27.

Foi justamente o que fez o legislador ao instituir o direito à saúde na Constituição Federal como um direito de cidadania, que envolve todos os cidadãos sem discriminação, o que “realçou e deu força jurídica de relevância pública às ações e serviços de saúde”⁴⁸.

Faz-se mister trazer os ensinamentos de José Afonso da Silva⁴⁹, quando elucida que a idéia essencial do conceito de cidadania consiste na sua vinculação com o princípio democrático, tendo em vista que não pode haver cidadania sem a democracia. Mesmo porque a Carta Magna alicerçou o Estado Democrático na cidadania e na dignidade da pessoa humana, fundamentos esses relacionados ao indivíduo.

Paulo Hamilton Siqueira Jr. e Miguel Augusto Machado de Oliveira⁵⁰, entendendo que a dignidade da pessoa humana é o valor fundamental do indivíduo e que a cidadania se refere ao aspecto social, afirmam:

A cidadania significa uma ação que permite ao cidadão participar da vida do Estado. A cidadania é o exercício da construção do bem comum realizada pelos cidadãos. Cidadania é participação. O Estado Democrático e Social de Direito exige uma maior participação do cidadão, vez que a própria esfera de atuação estatal é ampla, envolvendo a garantia de liberdades negativas e positivas.

É o que defende também Regina Bodstein⁵¹:

A igualdade que a cidadania incentiva e protege diz respeito à garantia de que toda e qualquer desigualdade social não seja enraizada, na sua essência, na hierarquia preexistente e na transmissão familiar. Dessa forma, a igualdade que a sociedade liberal democrática apregoa pressupõe um patamar mínimo de direitos, permitindo o acesso e o usufruto de bens que em dado contexto aparecem como imprescindíveis à vida em sociedade e ao processo de individualização. Dahrendorf (1997) sintetiza bem a questão quando mostra que a cidadania é o espaço jurídico da igualdade e dos direitos humanos, terreno compartilhado, de modo a permitir que todos os indivíduos tenham liberdade de serem diferentes.

A democracia é assim inseparável da crença da liberdade, da igualdade e dos direitos, permitindo que a desigualdade, a pobreza e a miséria sejam legitimamente denunciadas e introduzidas na agenda pública. É o caráter inovador da democracia que abre espaço para a renovação de atores e temáticas que compõem a arena política, desencadeando um processo permanente de reivindicação do direito em relação à educação, à saúde, ao trabalho e à segurança entre outros, confrontando e exigindo resposta do poder público. O exercício democrático e a defesa da cidadania têm como

⁴⁸ VASCONCELOS, Cipriano Maia de; PASCHE, Dário Frederico. O Sistema Único de Saúde. *Tratado de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006. p. 532.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. *Revista de Direito Administrativo* 216/9-23. Rio de Janeiro: Renovar e FGV, abr.-jun. 1999. p. 10.

⁵⁰ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 245-246.

⁵¹ BODSTEIN, Regina. Democracia e cidadania: notas para um debate sobre direito à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*. v. 08. n. 01. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 09 fev. 2009.

pressuposto sujeitos sociais que se organizam para reivindicar direitos. Adquirem, no processo, capacidade crescente de vocalização. Isto é, de se fazerem ouvir e de se representarem no espaço público, ampliando e aprofundando o debate político. A afirmação de direitos implica o fortalecimento de organizações sociais, respondendo pelo processo contínuo de renovação de interesses, identidades e atores. A ampliação e a multiplicação de sujeitos, identidades e interesses modifica constantemente o conteúdo dos conflitos e movimentos sociais. Assim, os conflitos sociais hoje em dia trazem a marca da fluidez e da fragmentação de acordo com os diversos interesses, concepções e organizações da sociedade civil.

Com efeito, não se pode negar que a cidadania constitui um fundamento importante para a concretização plena do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o direito à saúde é visto como um direito social que deve ser protegido para que esse Estado seja efetivado. E, para isso, faz-se necessário oferecer aos cidadãos as garantias necessárias para que esse direito venha a ser efetivado, a exemplo da implantação de políticas públicas eficientes, da responsabilização do Estado no caso de descumprimento do seu dever de bem prestar o serviço de saúde, da atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, e da participação popular, o que será analisado mais adiante.

1.5. Direito à liberdade e à igualdade como direitos fundamentais

É patente a importância da Constituição Federal em uma sociedade, uma vez que é através dela que o cidadão pode se amparar para não deixar que seus direitos venham a ser violados. Além do mais, ela é a lei maior do sistema jurídico brasileiro que rege as demais normas jurídicas e que procura sempre alcançar a segurança jurídica.

E não poderia ser diferente com os direitos e as garantias fundamentais consagrados pela Carta Magna, o que vem descrito no caput do art. 5^o⁵², que o legislador trata do Título II, chamado de direitos e garantias fundamentais, onde está inserido o capítulo I, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)

⁵² BRASIL. Vade Mecum. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 07.

O referido artigo elenca os direitos fundamentais que são inerentes a todo cidadão e que também já foram chamados por alguns autores de direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas etc⁵³.

Trata-se, na verdade, de um conjunto de normas garantidoras de uma convivência digna e igualitária entre os povos. Uadi Lammêgo Bulos⁵⁴ chega a concluir que “sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”, sugerindo o seguinte quanto à correta terminologia a ser utilizada para os direitos fundamentais:

Sugerimos o uso de **liberdades públicas em sentido amplo** – conjunto de normas constitucionais que consagram limitações jurídicas aos Poderes Públicos, projetando-se em três dimensões: **civil** (direitos da pessoa humana), **política** (direitos de participação na ordem democráticas) e **econômico-social** (direitos econômicos e sociais).

Já Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁵⁵ entendem que o termo “direitos fundamentais” é utilizado por três razões. A primeira razão é porque os direitos garantidos pela Constituição são fundamentais por se encontrarem no próprio texto que regulamenta os fundamentos da organização política e social. A segunda porque pode abranger os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais e políticos, os direitos de liberdade e de igualdade. E a terceira porque indica que não são todos os direitos reconhecidos no ordenamento jurídico que são tratados no direito constitucional.

O que importa é saber a utilidade desses direitos para a defesa dos interesses dos cidadãos, que precisam, constantemente, socorrer-se do que dita a Constituição sobre os direitos fundamentais, os quais constituem elementos integrantes da norma constitucional e cláusula pétrea, não podendo, assim, ser suprimida, conforme determina o art. 60, § 4º, da Carta Magna.

Os direitos fundamentais são considerados direitos público-subjetivos e têm a finalidade de evitar que a força estatal ultrapasse seus limites e venha a ferir alguns daqueles direitos consagrados no já citado art. 5º.

Conceituando os direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes⁵⁶ explica:

⁵³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 401.

⁵⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 401.

⁵⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 53.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*. n. 10. jan. 2002. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Uadi Lammêgo Bulos⁵⁷ considera que os direitos fundamentais cumprem as finalidades de defesa e de instrumentalização, os quais permitem o ingresso em juízo, proibem os Poderes Públicos de invadirem a privacidade dos indivíduos e permitem reivindicar do Estado o seguinte:

- O cumprimento de prestações sociais (saúde, educação, lazer, moradia etc.);
- A proteção contra atos de terceiros (segurança, inviolabilidade de domicílio, dados informáticos, direito de reunião etc.); e
- A tutela contra discriminações (desrespeito à igualdade, proibição ao racismo, preconceito religioso, distinções de sexo, origem, cor etc.).

Como bem enfatizou o doutrinador quanto ao dever do cumprimento de prestações sociais por parte do Estado, observa-se que o direito à saúde está inserido no âmbito dos direitos fundamentais de segunda geração⁵⁸, e que por isso também deve ser resguardado, não podendo ser violado, principalmente por parte do Estado.

Acesso em: 10 fev. 2009.

⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 402.

⁵⁸ De acordo com a própria evolução da sociedade humana, identificam-se categorias de grupos distintos que dispõem sobre direitos humanos em momentos diferentes da história dos povos, marcadas por gerações de direito que, com o passar dos tempos, interagem-se sucessivamente, sem que a anterior seja substituída pela próxima. E, justamente por isso, alguns autores, a exemplo de Flávia Piovesan, preferem chamar de “dimensões” do Direito e não de “gerações”.

Assim, identificam-se os direitos tidos como de 1ª geração, formados pelos direitos de liberdade (direito à liberdade, à vida, à propriedade, à igualdade). Os direitos de liberdade são caracterizados pelo estabelecimento de um dever de abstenção do Estado, isto é, são caracterizados pelo estabelecimento de limitações do poder estatal (não-agir), com o intuito de garantir o direito à liberdade, à vida, à propriedade, à igualdade. Esses Direitos são assegurados pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966).

Os direitos de 2ª geração são informados pelo valor igualdade (agir do Estado – promoção social). São os direitos sociais, econômicos e culturais, fruto das conquistas sociais e econômicas do homem, que prega a adoção da promoção social da coletividade a ser implementada pelo Estado, como garantidor do desenvolvimento social do ser humano. Estes Direitos são o direito ao trabalho, à educação, à saúde, à moradia entre outros, que estão exemplificadamente previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Já os direitos humanos de 3ª geração, informados pelo valor fraternidade ou solidariedade, são os direitos ao meio ambiente equilibrado, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos. O primeiro a ser reconhecido foi o direito ao desenvolvimento, tendo, ainda, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz.

Na contemporaneidade, vive-se a 4ª geração (tecnologias, avanços na genética e globalização) dos direitos humanos, caracterizados pelas conquistas biotécnicas e genéticas, como também em função da globalização. São: o direito à democracia; à informação; ao pluralismo, à informática, biociências, dentre outros.

Mas antes de abordar o direito à saúde, faz-se necessário estudar o direito à liberdade e à igualdade, como direitos fundamentais que também regem esse direito. Para isso, é preciso analisar a firmiação constante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 1º, que diz: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados que são de razão e consciência, devem comportar-se fraternalmente uns com os outros”.

O referido diploma legal consagra os direitos da liberdade e da igualdade como direitos inerentes aos seres humanos, ao dispor que eles nascem livres e iguais. É nesse sentido que se deve considerar a liberdade e a igualdade como direitos fundamentais do cidadão, para se possa permitir um desenvolvimento concreto do Estado Democrático de Direito.

É de fácil constatação o problema das desigualdades inerentes aos seres humanos e à estrutura social em que vivem. Problema esse que assola a sociedade desde a antiguidade até os dias de hoje, o que fez surgir a noção de igualdade perante os doutrinadores e estudiosos da matéria. Mas pode-se compreender que atualmente a preocupação envolve em saber se esse direito à igualdade está sendo preservado.

Essa igualdade é entendida como a equiparação dos homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos e também à sujeição de deveres. Celso Ribeiro Bastos⁵⁹ vai mais além, elencando a igualdade substancial e a igualdade formal. Para ele, a primeira postula o tratamento uniforme de todos os homens, ou seja, uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida, enquanto que a segunda consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei “senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional”.

De acordo com Paulo Hamilton Siqueira Jr. e Miguel Augusto Machado de Oliveira⁶⁰, a Constituição Federal procura aproximar a igualdade formal da igualdade material, na medida em que afirma a igualdade perante a lei, mas menciona também a igualdade entre homens e mulheres:

A intenção real do legislador constituinte originário, ao prever que “homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, nos termos desta Constituição”, não foi a de proporcionar uma discriminação entre os sexos, na verdade, busca-se tão-somente nivelar e contemplar as diferenças de cada um: jamais deve a norma ser interpretada de forma a beneficiar um deles, principalmente em detrimento do outro.

⁵⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 187-188.

⁶⁰ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 26.

Mas no que se refere ao conceito de igualdade perante a Constituição Federal de 1988, ou seja, em relação ao direito de igualdade, este não é tão simples de definir, uma vez que pelos próprios fatores naturais de uma dada sociedade, não se poderá igualar a todos em todas as situações. É o que entende Celso Ribeiro Bastos⁶¹, considerando a isonomia como um dos princípios mais importantes da Carta Magna:

Em direito, o princípio da igualdade torna-se de mais difícil conceituação porque o que ele assegura não é a mesma quantidade de direito para todos os cidadãos. A igualdade nesse sentido é uma utopia. Nela todos disporiam de igual quantidade de bens, seriam remunerados igualmente e todas as profissões teriam a mesma dignidade. Nesse mundo, todos seriam efetivamente iguais.

Essa idéia, de uma igualdade absoluta, nunca pode traduzir-se numa maneira real de alguma sociedade se organizar. Há sempre distinções pessoais...Enfim, o quadro natural predispõe o homem para ser desigual.

Já Alexandre de Moraes⁶² considera que a igualdade de todos os cidadãos está em ter o direito de tratamento idêntico pela lei. Para ele, o que não se admite são as diferenciações arbitrárias e as discriminações, “pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça...”.

Como se pode observar, esse princípio da igualdade, também chamado de isonomia, equiparação ou paridade, tem como objetivo tratar os iguais de forma igualitária e os desiguais na medida de sua desigualdade. Segundo Uadi Lammêgo Bulos⁶³, a igualdade constitucional é mais do que um direito, “é um *princípio*, uma *regra de ouro*, que serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais”.

A Constituição Federal aborda, em diversos de seus artigos, o referido valor isonomia, ao tratar da igualdade racial, entre os sexos, de credo religioso, jurisdicional e perante discriminação de idade, além da igualdade trabalhista, política e tributária. E não se poderia afastar dessa proteção também o direito à saúde.

É por isso que se entende que ao se falar da igualdade deve-se considerar não só a igualdade perante a lei ou a igualdade de direitos, mas, sobretudo, a igualdade de acesso às condições necessárias para o desenvolvimento físico, mental e espiritual de cada indivíduo, o que exige da própria sociedade o empenho para a concretização desses direitos, seja participando ativamente ou fiscalizando a atuação do Estado.

⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 188-189.

⁶² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 64.

⁶³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 419.

Para Fernando Aith⁶⁴, em relação ao direito à saúde, é vedado ao Poder Público e aos serviços privados de saúde complementar praticar a discriminação, em todos os seus matizes, uma vez que se trata do princípio que norteia as ações e serviços de saúde e que é preconizado no art. 7º, IV, da Lei nº 8.080/90, como princípio do Sistema Único de Saúde – SUS, o que será abordado em capítulo próprio:

No Direito Sanitário, fala-se sobre a aplicação do princípio da igualdade no que se refere, por exemplo, às ações e serviços de medicina preventiva, de vigilância sanitária e epidemiológica. Essas ações e serviços devem ser distribuídos igualmente a todos, sem distinção. No entanto, quando nos referimos à medicina curativa, às ações e serviços de saúde voltados à recuperação da saúde, é preferível nos referirmos ao princípio da equidade: permitir a cada um, em função de sua liberdade, de se beneficiar dos serviços de saúde de que necessita.

É o que também vem discriminado no art. 196, da Constituição Federal, quando diz ser dever do Estado assegurar o acesso igualitário às ações e serviços de saúde. Assim, o princípio da não-discriminação, como é considerado pelo referido autor, exige que o Estado elabore e execute políticas públicas de saúde que não representem privilégios para grupos sociais ou coletividades específicas.

Analisando o citado princípio, Fernando Aith⁶⁵ diz que o acesso igualitário exige que essas ações e serviços não contenham nenhum tipo de preconceito, “sejam eles em razão de raça, cor, sexo, opção sexual, opção religiosa, cultural, ideológica, e, especialmente, por motivos econômicos”.

Sem dúvida, para que o direito à saúde seja respeitado, o direito à igualdade também deve ser resguardado, por ser considerado um dos princípios mais importantes do texto constitucional, por proporcionar aos cidadãos lutar pelos seus direitos com dignidade e, principalmente, porque possibilita que todos sejam tratados de forma igualitária no âmbito do direito.

A Constituição Federal consagra ainda o direito à liberdade como direito fundamental do homem, devendo a liberdade ser considerada como um princípio do Estado Democrático de Direito. Além do mais, o art. 4º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, dispõe: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudicar outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites senão os que garantem

⁶⁴ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário*: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 219.

⁶⁵ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário*: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 220.

aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei”.

Mas o que vem a ser essa liberdade⁶⁶? Alguns doutrinadores consideram que a tarefa de chegar a uma conclusão sobre a sua definição é muito difícil. Verifique-se o que diz Carla Rodrigues Ferreira⁶⁷, ao analisar o direito de liberdade de locomoção:

Defendemos que esta consiste num direito ao qual podemos chamar de natural, como garantem os jusnaturalistas, por ser inerente à qualidade de ser humano, imprescindível à existência digna e à fruição da plenitude da vida, uma vez que todos nascem, ou deveriam nascer, livres.

Segundo Paulo Hamilton Siqueira Jr. e Miguel Augusto Machado de Oliveira⁶⁸, o direito à liberdade implica aos membros da sociedade o dever de agirem segundo os ditames da lei, uma vez que não existe liberdade fora da lei. Senão observe:

A liberdade relaciona-se claramente com a lei. A limitação da liberdade, que é a própria possibilidade de ação, encontra seu limite na lei. Nesse sentido, a Constituição, com o intuito de garantir a liberdade de ação, prescreve o princípio da legalidade, no art. 5º, II, da Constituição Federal: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se de um limite instrumento contra o arbítrio do Estado, sendo claro limite a atuação estatal com o objetivo de garantir o pleno desenvolvimento do cidadão. É, ainda, um pressuposto do regime democrático, que estatui que a atividade estatal submete-se à lei e à Constituição, em suma, à vontade geral da nação.

É de se verificar, assim, que o direito à liberdade vai estar associado também ao princípio da legalidade, que eleva a lei à condição de “veículo supremo da vontade do Estado”⁶⁹. Na verdade, a lei constitui a principal fonte do direito escrito brasileiro, que tem por objetivo impor normas de conduta para regular as relações humanas. Ela surgiu para

⁶⁶ A liberdade é a possibilidade de eu agir de acordo com a minha vontade na potência do meu corpo. É conceito ligado ao mundo real, dos fatos, da natureza. O tamanho da minha liberdade é o tamanho da minha potência corporal.

Já o direito de liberdade é conceito normativo, distinto do anterior, que identifica a possibilidade de eu agir de acordo com a minha vontade, desde que o meu direito não prejudique o direito do outro. É, portanto, conceito mais restrito do que a idéia natural de liberdade.

O direito de liberdade é limitado. E quem determina esse limite é a lei, a qual, na sociedade moderna, disciplinar, simboliza a vontade do cidadão. Saímos da sociedade de polícia, de uma relação autoritária, e entramos numa relação de autoridade hierárquica. No cômputo final, a liberdade real do cidadão será medida pelo número de restrições que o Estado impuser a essa liberdade corporal (Disponível em: <<http://www.redepsi.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2009).

⁶⁷ FERREIRA, Carla Rodrigues. *A efetividade do direito de liberdade de locomoção em uma sociedade altamente violenta*. Disponível em: <<http://www.doctum.com.br>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

⁶⁸ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

⁶⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 194.

evitar que a lei do mais forte imperasse e para que a vida em comunidade se tornasse harmônica e digna, minimizando os conflitos entre os povos.

Adriano dos Santos Iurconvite⁷⁰, analisando esse princípio, aduz que: “...a autonomia da vontade individual, cuja atuação somente poderá ceder ante os limites pré-estabelecidos pela lei. Neste obstante, tudo aquilo que não está proibido por lei é juridicamente permitido”.

Em se tratando de direito à saúde, é de se enfatizar que o princípio da legalidade também deve ser respeitado, pois, como veremos, existem normas jurídicas específicas que tratam do assunto e que não podem ser violadas, o que leva a entender que os legisladores se preocuparam com os principais problemas enfrentados pela sociedade nesse campo e que levou à instituição de leis para regular a conduta dos profissionais dessa área e também do Estado.

O mesmo vai ocorrer com o princípio da liberdade. O texto constitucional enumera vários direitos de liberdade, a exemplo da liberdade de pensamento, liberdade de consciência e de crença, liberdade de culto, liberdade de organização religiosa, liberdade de profissão, liberdade de associação, liberdade de informação, dentre outros. Mas o objetivo do presente trabalho é analisar o direito à liberdade como necessário para que se efetive o direito à saúde.

É de se verificar, nesse sentido, que a liberdade se torna um princípio basilar do Estado de Direito, por proporcionar aos indivíduos o agir de forma livre. Porém, não se deve fazer aquilo que não é permitido, ou seja, deve-se respeitar o que ditam as leis. Observe o que afirma Fernando Aith⁷¹ ao estudar os princípios que regem o direito à saúde, enfatizando o princípio da liberdade como fundamental para reger as ações e os serviços de saúde:

A proteção à saúde envolve o desenvolvimento e a execução de ações e serviços de saúde que foram considerados pela Constituição Federal como de relevância pública (Art. 197 da C.F.). Tal dispositivo da Constituição deve ser compreendido, à luz do princípio da liberdade, através de dois enfoques distintos. De um lado, tanto os profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, farmacêuticos etc.) quanto os pacientes devem usufruir de ampla liberdade, seja para o exercício profissional, seja para a proteção do paciente. A liberdade é um princípio fundamental que rege as ações e serviços de saúde. Entretanto, essa liberdade poderá ser limitada sempre que houver motivos de interesse público que exijam a sua limitação em benefício da coletividade, da sociedade. O princípio da liberdade no Direito Sanitário assume, assim, características específicas que merecem atenção mais detalhada.

⁷⁰ IURCONVITE, Adriano dos Santos. *O princípio da legalidade na Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/doutconst13.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2009.

⁷¹ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 195.

Como bem enfatizado pelo autor, o direito à saúde possui características específicas que merece um estudo mais aprofundado e detalhado, o que será realizado no capítulo segundo, quando será feita uma análise sobre os referidos princípios, relacionados com as normas jurídicas que regem a saúde como direito fundamental.

1.6. O Direito à vida e a sua relação com a saúde

Como visto, a Constituição Federal assegura aos cidadãos a proteção de vários direitos fundamentais, a exemplo da liberdade e da igualdade, que estão consagrados no já referido art. 5º. Aqui também se insere o direito à vida, sem o qual nenhum outro direito vigoraria, em razão de constituir um direito inerente ao ser humano. Como bem enfatiza José Afonso da Silva⁷²: “De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos”.

O direito à vida é considerado como o direito mais fundamental de todos os direitos, constituindo-se como um requisito para que os demais venham a ser exercidos e também como um direito natural, por ser inerente à condição de ser humano. Nesse aspecto, faz-se mister identificar como se dá o início da vida, o que não é fácil definir e que é objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

José Afonso da Silva⁷³, analisando o conceito de vida no texto constitucional, assinala o seguinte:

Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

Para Paulo Hamilton Siqueira Jr. e Miguel Augusto Machado de Oliveira⁷⁴, o valor fundamental do texto constitucional no que se refere ao direito à vida estar em se ter uma vida digna. “Esse fato dota a vida humana de um valor fundamental e superior: dignidade da pessoa humana”.

⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 201.

⁷³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 200.

⁷⁴ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 19.

Cretella Júnior⁷⁵ entende o seguinte:

Bastaria que se tivesse dito “o direito” ao invés de “a inviolabilidade do direito à vida”. Se “vida é um direito” garantido pelo Estado, esse direito é inviolável, embora não “inviolado”. Se eu digo que é ‘inviolável’ (a correspondência, a intimidade, a residência, o sigilo profissional), ‘ipso facto’, estou querendo dizer que se trata de rol de bens jurídicos dotados de inviolabilidade (inviolabilidade da correspondência, da intimidade, da residência, do sigilo profissional)... O direito à vida é o primeiro dos direitos invioláveis, assegurados pela Constituição. Direito à vida é expressão que tem, no mínimo, dois sentidos, (a) o “direito a continuar vivo, embora se esteja com saúde” e (b) “o direito de subsistência”: o primeiro, ligado à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência; o segundo, ligado ao “direito de prover à própria existência, mediante trabalho honesto” (...)

Não de outra forma pensa Maria Helena Diniz⁷⁶:

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto ‘erga omnes’, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer...Garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétrea, que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar...tem eficácia positiva e negativa...A vida é um bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes...Estamos no limiar de um grande desafio do século XXI, qual seja, manter o respeito à dignidade humana.

Como se pode observar, a Carta Magna não apenas defende o direito à vida e impõe limites ao Estado nesse sentido, pois além de proteger a vida como um direito de existir, o legislador constituinte atribui também a esse direito a existência de uma vida digna. É assim que se pode considerar que esse direito está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é também fundamento da República Federativa do Brasil.

É o que bem enfatiza Luciana Mendes Pereira Roberto⁷⁷, ao analisar o direito à vida:

⁷⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. I, art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 182-183.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 22-24.

⁷⁷ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *O direito à vida*. Disponível em: <http://www2.uel.br/cesa/direito/doc/estado/artigos/constitucional/Artigo_Direito_%C3%A0_Vida.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2009.

Assim, o direito à vida, possui uma íntima ligação com a dignidade, ou poderia dizer, ainda, a **plenitude da vida**. Isto significa que o direito à vida não é apenas o direito de sobreviver, mas de viver dignamente.

Nessa esteira, a Constituição Federal refere-se ao direito à vida, não somente no caput do Art. 5º, mas também em artigos esparsos, como por exemplo o Art. 227 e o Art. 230.

Celso Spitzcovsky⁷⁸ também aponta nesse sentido, por considerar que o legislador constituinte, ao instituir o direito à vida como direito fundamental, quis garantir a existência da vida preservada de maneira digna:


Importante consignar, também, que a previsão do direito à vida possui uma íntima relação com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, vale dizer, o da Dignidade da Pessoa Humana, relacionado no art. 1.º, III, da CF, cujo conteúdo demanda investigações para que não se torne letra morta. Em outras palavras, qualquer previsão legal, qualquer atitude tomada pelo Poder Público que provoque como consequência o esvaziamento do direito à vida trará, como corolário, o desrespeito à dignidade da pessoa humana, pois são dois vetores considerados igualmente fundamentais pela Constituição.


Estabelecida, portanto, a relação entre o serviço de saúde e os conceitos de direito à vida e dignidade da pessoa humana, cumpre observar que a execução daquele, desconsiderando ou mesmo enfraquecendo esses valores básicos fixados pela Constituição, torna-se, além de inadmissível, inconstitucional.

Para o autor, é necessário, assim, que o direito à saúde seja assegurado através de políticas sociais e econômicas prestadas de forma efetiva, para que o direito à existência digna seja concretizado. Senão, observe:

Em nosso País, o direito à existência digna é refletido, entre outros aspectos, pela obrigação atribuída ao Estado e à sociedade de realização de ações integradas para a implementação da seguridade social (art. 194), destinada a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social. Nesse contexto, estão incluídas as ações no campo da saúde, realizadas mediante políticas sociais e econômicas que objetivem a redução dos riscos de doença e de outros agravos, garantindo-se o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196)⁷⁹.

Dessa maneira, percebe-se que o direito à vida é o mais importante de todos os direitos e que sem a sua proteção os fundamentos previstos na Constituição Federal não se

⁷⁸ SPITZCOVSKY, Celso. *O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1053, 20 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8382>>. Acesso em:  18 fev. 2009.

⁷⁹ SPITZCOVSKY, Celso. *O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1053, 20 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8382>>. Acesso em:  18 fev. 2009.

realizariam, pois o seu respeito abrange também outros direitos, como bem enfatiza Uadi Lammêgo Bulos⁸⁰:

O Texto Constitucional protege todas as formas de vida, inclusive a uterina (TJSP, CDCCP, 4:299-302). E faz sentido, porque o direito à vida é o mais importante de todos. Por isso, tanto a expectativa de vida exterior (vida intra-uterina) como a sua consumação efetiva (vida extra-uterina) constituem um direito fundamental. Sem ele, nenhum outro se realiza. Daí o seu significado constitucional amplo, conectando-se com outros, a exemplo do direito à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à educação, à saúde, à habitação, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Com efeito, a inserção do direito à vida na Constituição Federal, como direito fundamental que não pode ser violado, demonstra o objetivo do legislador em impor ao Estado a tarefa de agir no sentido de preservar a vida de todos os seres humanos. E para isso, considerou o direito à vida como aquele que ultrapassa todos os demais direitos, por ocupar posição de superioridade e inviolabilidade.

No que se refere à proteção ao direito à vida, é de fundamental importância o que disciplina o art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, mais conhecido como o Pacto de São José da Costa Rica⁸¹, que foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente"⁸².

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁸³, aprovado pela XXI sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, também protege esse direito, preconizando, em seu art. 6º, o seguinte: "O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida".

Mas em se tratando de saber em que momento começa a vida, é necessário trazer à baila o que dispõe o Código Civil Brasileiro, em seu art. 2º: "A personalidade civil da pessoa

⁸⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 111.

⁸¹ Trata-se de um Tratado Internacional dos Estados Americanos que reafirma seu propósito de consolidar um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais, reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana. Para isso, reitera que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

⁸² Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2009.

⁸³ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em: 15 fev. 2009.

começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"⁸⁴.

O referido dispositivo legal trata do direito de personalidade civil da pessoa humana, o que não é objeto principal do presente trabalho, mas que serve para identificar o momento inicial da vida, pois o legislador salvaguardou os direitos do nascituro, como o direito à vida, à integridade física, a alimentos etc, o que acontece desde a sua concepção, ou seja, que já foi concebida no útero materno.

Apenas a título de esclarecimento, inúmeras são as discussões científicas, filosóficas, jurídicas e religiosas sobre o momento em que a vida humana tem o seu início. Fecundação, nidação, formação do sistema nervoso central – SNC ou capacidade do feto de existir sem a mãe são algumas das respostas para essa inquietação, o que certamente vai ficar a critério de quem está julgando qualquer tipo de ação⁸⁵.

Essa questão não terá uma resposta consensual, mesmo porque a Constituição Federal brasileira não fixou o momento a partir do qual a vida humana tem o seu início e que por isso deve ser protegida. Só se tem a certeza de que é assegurada a inviolabilidade do direito à vida.

De acordo com Silmara Juny Chinelato⁸⁶, o direito deve se socorrer da definição que é dada pela Biologia à vida:

Antes de 1916, quando se elaborava o Código Civil brasileiro, não havia tanta preocupação com os reflexos da Biologia no Direito, tendo em vista a timidez da tecnologia da época. Apesar desse panorama, entendo que o Código Civil é adequado quando estabelece, no artigo 4.º, que os direitos do nascituro (pessoa já concebida, mas ainda não nascida) são resguardados, desde a concepção. Enfatizo que o artigo 4.º, que poucos leram em sua inteireza, e em interpretação sistemática, alude genericamente a "direitos", sem empregar palavras restritivas; alude a "concepção" e a "direitos"; e não, a expectativa de direitos.

Assim, para o Direito Civil brasileiro, com respaldo no artigo 5.º, caput, da Constituição Federal, a vida começa com a concepção e não, apenas, com o nascimento.

A personalidade jurídica - que não se confunde com capacidade, medida da personalidade - começa, pois, da concepção. Há direitos e status

⁸⁴ BRASIL. Vade Mecum. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 167.

⁸⁵ Fecundação (a vida humana teria o seu início com a concepção, ou seja, com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, da qual resulta um ovo ou zigoto); Nidação (ocorre quando se inicia a vida viável, o que ocorre em um período aproximado de sete a dez dias após a fecundação, o que dá início à gravidez); Formação do sistema nervoso central – SNC (é a capacidade neurológica de sentir dor ou prazer, o que ocorre por volta do décimo quarto dia após a concepção); Capacidade do feto de existir sem a mães (ocorre entre a vigésima quarta e a vigésima sexta semanas de gestação). NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008. p. 263-265.

⁸⁶ CHINELATO, Silmara Juny. *Direitos do nascituro*. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaEntrevistasDetalhe.aspx?CodEnt=25>>. Acesso em: 02 mar. 2009.

reconhecidos ao nascituro desde a concepção e independentemente do nascimento com vida.

Cabe aqui lembrar do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade⁸⁷ intentada pela Procuradoria Geral da República, a respeito da utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia, pelo Supremo Tribunal Federal, que fez uma leitura jurídica sobre o começo da vida.

Maria Helena Diniz⁸⁸, analisando esse aspecto de forma jurídica, considera o seguinte:

Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável, com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida

No que concerne ao direito à saúde, é importante frisar que ele reflete um serviço público com características específicas e constitui uma das formas de garantia do referido direito à vida, o que representa um avanço significativo nas relações sociais, uma vez que se trata de direito fundamental que deve ser respeitado por todos.

Por isso, o direito à saúde deve ser respeitado, levando-se em consideração a sua natureza jurídica de direito fundamental social, que não pode deixar de ser resguardado em razão de não se respeitar os princípios e os direitos constitucionais acima relatados, a exemplo do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

⁸⁷ A ação, em resumo apertado, abraçava a tese de que o embrião, desde sua concepção, é representativo de vida e, como tal, goza do privilégio e direito de ter preservada sua dignidade. Desta forma, a liberalidade legislativa conferida no artigo guerreado da Lei de Biossegurança, que possibilita a utilização de embriões inviáveis para fins de pesquisa e terapia, seria uma forma de contrariar a ordem jurídica e colidir com o princípio da dignidade humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O relator, ministro Carlos Ayres Brito, em extenso e fundamentado voto, decidiu que a vida humana é confinada a duas etapas: entre o nascimento com vida e a morte encefálica, período em que a pessoa é revestida de personalidade jurídica, que a ela confere direitos e obrigações na vida civil. Evidenciou ainda o ministro julgador que o **thema probandum** estava ligado aos embriões congelados e que não serão utilizados. “O único futuro, sentenciou ele, é o congelamento permanente e descarte com a pesquisa científica. Nascituro é quem já está concebido e que se encontra dentro do ventre materno. Não em placa **de petri**”. Enfatizou, finalmente, que “embrião é embrião, pessoa humana é pessoa humana e feto é feto. Apenas quando se transforma em feto este recebe tutela jurisdicional”. Disponível em: <<http://direito.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=5704>>. Acesso em: 05 mar. 2009.

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 1: teoria geral do direito civil – 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 193.

Neste passo, vale enfatizar as características do direito à saúde e apurar se realmente esse direito vem sendo concretizado, ou seja, se a atuação do Poder Público no que se refere à execução dos serviços de saúde está sendo realizado dentro dos parâmetros legais, conforme será abordado nos próximos capítulos.

CAPÍTULO II

A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

2.1. Histórico e desenvolvimento do direito à saúde

Antes de tentar compreender o direito à saúde como sendo um direito humano fundamental, faz-se necessário acompanhar o seu processo de evolução histórica. Nesse sentido, é importante destacar que a preocupação com a saúde remonta aos estudos da própria história do homem ou da sociedade, o que envolve analisar a assistência à saúde desde a Antiguidade até os dias de hoje.

Para isso, mister enfocar o apanhado histórico feito por Ieda Cury⁸⁹ sobre esse processo de evolução da saúde, especificamente, a saúde pública:

(...) A reunião de certas comunidades que se esforçavam em aplicar uma política de saúde era usualmente indicada pela expressão "saúde pública". Tais políticas de prevenção de doenças, no prolongamento da vida e na promoção do bem-estar, nos esforços de sanitização do ambiente, no controle das infecções, na educação sobre os princípios de higiene, na organização dos serviços médicos e de enfermagem para propiciar um diagnóstico mais rápido e preventivo no tratamento de doenças e no desenvolvimento de mecanismos sociais que visassem assegurar um padrão de vida adequado à manutenção da saúde...

Através dos anos, as civilizações se conscientizaram de que a correta sanitização seria o principal fator para se melhorar a saúde humana. Foram tomadas diversas medidas para melhorar a higiene, especialmente nas cidades.

A preocupação dos governantes com a água e com os dejetos, associando-os à saúde das populações, data da Antiguidade. A primeira atividade sanitária encontrada ao longo da história foi a construção de sistemas de suprimento e drenagem de água no antigo Egito, na Índia, na civilização creta-micênica, em Tróia e na sociedade inca. (...).

Entre as glórias de Roma, esteve a criação de serviços públicos de saúde, sob a administração de Augusto, em um sistema administrativo eficiente que continuou a funcionar mesmo quando o Império decaiu e se desintegrou.

⁸⁹ CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde - Evolução, Normatização e Efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 30-31.

Sueli Gandolfi Dallari⁹⁰ entende que o conceito atual sobre a saúde pública vem desde o Renascimento, diante da preocupação das cidades em prestar cuidados aos doentes pobres em seus domicílios ou em hospitais, aumentando o poder das cidades em matéria de higiene:

A evolução histórica mostra que o atual conceito de **saúde pública** começa a se delinear no Renascimento, correspondendo praticamente ao desenvolvimento do Estado Moderno. É muito curioso – porque absolutamente desprezado – verificar a aproximação histórica da idéia de saúde daquela de exercício físico (ginástica) e dieta, isso porque a saúde não é originalmente um conceito científico, mas uma idéia comum, ao alcance de todos. Para a antigüidade grega o termo *hygieia* significa “o estado daquele que está bem na vida” e tem um sentido eminentemente positivo. Mesmo com a incorporação do sentido de cura e, portanto, com a formação da medicina, ainda a higiene alimentar e o exercício físico são caracterizados como importantes elementos de cura. Platão alarga um pouco mais a idéia de saúde acrescentando-lhe o campo da alma e a necessidade de que ele mantenha relação adequada com o corpo. Assim, o estado de equilíbrio interno do homem e dele com a organização social e a natureza é sinônimo de saúde para a antigüidade grega. Durante a Idade Média, o saber culto continua a privilegiar o equilíbrio na definição de saúde, tratados de ginástica e dietética são publicados como receitas de saúde para os não-médicos, mas a reação coletiva à epidemia é a imagem mais marcante desse período. Assim aparecem os primeiros contornos da idéia de prevenção, implicando o respeito seja aos signos do zodíaco, seja ao desenrolar das estações, seja ao relacionamento adequado entre o clima e o corpo humano, mas, sobretudo, o afastamento dos contactos impuros – a melhor forma de prevenção.

Por sua vez, Ana Paula Oriola de Raefray⁹¹ faz um estudo detalhado sobre a história da saúde humana, analisando os períodos clássicos, a Idade Média, o Renascimento, o Iluminismo, a Revolução Industrial, o Industrialismo, a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, dentre outros, que proporcionaram uma modificação na estrutura social, política e econômica de uma dada sociedade, principalmente, no que se refere ao direito à saúde.

De acordo com a autora, a saúde humana esteve muito próxima da religião durante um longo período da história mundial, pois a doença era sinal de que os deuses não concordavam com a conduta do doente. Já na era clássica, o homem livre passa a receber valorização de seu bem-estar por ser ele integrante da polis e porque através da sua saúde obtinha-se a saúde da sociedade.

Na Grécia as medidas relativas à saúde eram modelos embrionários da saúde pública e da medicina individual curativa, mas o homem grego estava voltado para a sua própria

⁹⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Márcio Iorio Aranha (Org.). Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 39

⁹¹ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde* – de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 305-306.

individualidade. Já em Roma, as medidas para a proteção da saúde humana foram de ordem organizacional, que verificava as estruturas sociais, econômicas e políticas vigentes. Sua contribuição foi justamente na organização dos serviços médicos mantidos pelo Estado⁹².

No período da Idade Média, caracterizada como um sistema tipicamente feudal, a saúde é novamente vinculada à fé, tendo em vista o valor supremo atribuído à religião e o poder do Direito Canônico, cujas cidades serviram de experiência para o desenvolvimento da saúde pública. O que não aconteceu no Renascimento – que assinala a passagem da Idade Média para a Idade Moderna - e no Iluminismo – movimento propiciador da Revolução Francesa, que relegaram os cuidados e a proteção da saúde à um segundo plano, já que o principal valor era a liberdade, em especial a de crença.

Quanto ao período da Revolução Industrial, onde a força de trabalho ganha especial proteção para movimentar a indústria de forma eficaz, o que se verifica é o cuidado apenas com a saúde do trabalhador e não de toda a sociedade, o que não poderia ser diferente, já que nesse período começou a substituição da mão-de-obra humana pelas máquinas e o objetivo de aumentar a produção.

Segundo Ana Paula Oriola, foi com o industrialismo que o seguro social foi fomentado, pois o Estado passou a promover, de forma efetiva, a proteção social, surgindo até o seguro de doenças profissionais e não-profissionais, ligado à proteção do trabalhador. Mas as grandes guerras mundiais provocam vários riscos sociais, sendo visível a miséria humana. É nesse sentido que a seguridade social é proposta para minorar os efeitos da guerra, mas por interesses políticos e econômicos.

A instituição da Organização das Nações Unidas foi um passo importante para tentar apagar as conseqüências geradas pelas guerras mundiais, pois surgiu para incentivar a criação de órgãos especiais que tivessem por objetivo a promoção e a garantia dos direitos fundamentais do homem⁹³.

Em 22 de julho de 1946 foi constituída a Organização Mundial de Saúde, que tem como princípio básico a proteção à saúde. E em 1948 foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecendo que a essência da saúde está no equilíbrio interno do homem, bem como entre esse e o meio ambiente, considerado como o bem-estar físico, mental e social⁹⁴.

⁹² RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde* – de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 28-32.

⁹³ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde* – de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 94.

⁹⁴ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde* – de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 100-104.

É a partir daí que surge a preocupação em dotar o Estado de responsabilidade para proteger a saúde.

No que se refere ao Brasil, observa-se que a proteção da saúde não fugiu muito do processo adotado pela Europa. Mas antes de analisar a realidade atual desse direito é preciso conhecer os fatores históricos que propiciaram uma verdadeira evolução no direito à saúde brasileira, tendo em vista o contexto político-social pelo qual o Brasil passou desde à época da colônia até os dias de hoje.

Para Ana Paula Oriola de Raeffray⁹⁵, os objetos dos modelos jurídicos nacionais relativos à proteção da saúde podem ser agrupados da seguinte forma, levando-se em consideração a ótica constitucional brasileira desde a Constituição de 1824 até a de 1988, considerada a Constituição Cidadã:

- I) combate às endemias e epidemias associadas à visão de “flagelo social”, mediante campanhas públicas;
- II) interiorização da medicina com a sua extensão a regiões e a camadas sociais sem médicos;
- III) generalização da medicina por meio da atenção médica da previdência social;
- IV) integração dos atos médicos, com a superação da dicotomia da medicina preventiva e da medicina curativa, isto é, da Saúde Pública e da Assistência Médica;
- V) privatização da atenção médica, mediante a livre escolha do médico;
- VI) unificação da previdência social, com a uniformização e centralização estatal da atenção médica;
- VII) racionalização da administração dos serviços de saúde, com a desburocratização do sistema;
- VIII) descentralização dos serviços de Saúde Pública, com a municipalização;
- IX) integração do Setor de Saúde no processo de planejamento econômicos, mediante a implantação de Planos de Saúde.

Na verdade, o direito à saúde no Brasil foi incorporado como o “direito” à assistência em saúde dos trabalhadores com vínculo formal no mercado de trabalho, o que contemplava somente aquela parcela da população que contribuía para a previdência social, acabando por excluir a maioria da população do acesso às ações de saúde. Portanto, a saúde não era considerada um direito, mas apenas um benefício da previdência social, como a aposentadoria, o auxílio-doença, a licença-maternidade etc. É o que entende o Ministério da Saúde⁹⁶:

⁹⁵ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde* – de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 126-127.

⁹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Caminhos do direito à saúde no Brasil / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão

Coerentes com essa visão, durante décadas, as políticas públicas de saúde tiveram como objetivo propiciar a manutenção e recuperação da força de trabalho necessárias à reprodução social do capital. Ao mesmo tempo, o setor Saúde era marcado por forte cunho assistencialista e curativo, de caráter crescentemente privatista, com pouca prioridade para as políticas de promoção da saúde. O movimento pela Reforma Sanitária surgiu da indignação de setores da sociedade sobre o dramático quadro do setor Saúde. Por isso, desde o início, pautou sua ação pelo questionamento desse quadro de iniquidades. Suas primeiras articulações datam do início da década de 1960, quando foi abortado pelo golpe militar de 1964. O movimento atingiu sua maturidade a partir do fim da década de 1970 e princípio dos anos 1980 e mantém-se mobilizado até o presente. Ele é formado por técnicos e intelectuais, partidos políticos, diferentes correntes e tendências e movimentos sociais diversos.

A luta pela Reforma Sanitária teve como um de seus pontos altos a realização, em 1986, da 8.^a Conferência Nacional de Saúde, evento que, pela primeira vez na história do país, permitiu a participação da sociedade civil organizada no processo de construção de um novo ideário para a saúde. A conferência foi norteada pelo princípio da “saúde como direito de todos e dever do Estado”. Suas principais resoluções foram confirmadas pela Constituição Federal, promulgada em 1988. Essa vitória foi fruto de intensa mobilização popular, que resultou na Emenda Popular da Saúde, subscrita por mais de 500 mil cidadãos brasileiros.

Já para Fernando Aith⁹⁷, a análise histórica da saúde mostra que a saúde pública é o exercício de um poder, o que faz do Direito Sanitário um campo do conhecimento jurídico especial e que necessita de um aprofundamento detalhado, o que será feito mais adiante. Segundo ele, “a saúde pública é um exercício de poder voltado à saúde da população, à segurança sanitária, à saúde individual e assim por diante, mas é sempre um exercício de poder e de forma, que deve ser bem dosado para evitar abusos”.

Observe o que ele relata dos movimentos de saúde pública na Europa do século XIV:

Os primeiros grandes movimentos de saúde pública após a experiência romana foram feitos na Europa do século XIV, especialmente em decorrência das grandes epidemias européias. Com efeito, a terrível epidemia da peste que dizimou, em 1348, um terço da população européia, forçou os poderes públicos, organizados na forma de monarquias feudais, a tomar medidas de saúde pública urgentes para a proteção da saúde da população em geral – sobretudo para a proteção da saúde da própria nobreza ameaçada. Assim, a peste deu origem aos primeiros conselhos de saúde, organizados nas cidades do norte da Itália (...)⁹⁸.

Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. Disponível em:

<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Caminhos_do_Direitos_em_Saude_no_Brasil.pdf>. Acesso em 19 fev. 2009.

⁹⁷ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 54.

Como se pode observar, a saúde pública evoluiu no tempo até chegar como se encontra hoje. Apesar de terem sido encontradas mudanças que variavam de comunidade para comunidade, certo é que a necessidade de intervenção do Estado para resguardar uma vida digna aos cidadãos, o que envolve a prestação de um serviço de saúde eficaz, através do reconhecimento dos direitos humanos e sociais, nunca estaria dissociada do seu conceito.

2.2. Saúde: conceito e natureza jurídica

O direito à saúde vem disciplinado tanto na Constituição Federal brasileira como em legislação extravagante. Foi a partir da instituição da primeira que a saúde passou a ser tratada com a importância devida, a fim de que fosse garantida a dignidade humana e o respeito ao princípio democrático de direito, eis que surgiu a necessidade de se pensar em uma saúde pública e coletiva que deveria ser protegida.

Sua definição está determinada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como sendo o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a simples ausência de doença ou enfermidade, sendo considerado ainda como princípio básico para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos. Mas o referido conceito vem sendo questionado por muitos estudiosos, por considerarem uma visão ultrapassada, já que visa a uma perfeição inatingível.

Fernando Aith⁹⁹ entende que a definição do que seja saúde está sujeita a discussões conceituais controversas e que têm como natureza essencial a multidisciplinariedade, o que seria necessário reunir várias áreas de conhecimento para se chegar a uma concepção sobre a saúde, a exemplo da sociologia, antropologia, medicina, administração pública, direito, filosofia etc.

Com efeito, definir a saúde como um estado de bem-estar completo leva a entender que a saúde não é algo atingível ou mesmo que não pode ser violada, o que cria uma visão utópica que não pode ser utilizada pelos operadores dos serviços de saúde quando da execução do seu trabalho.

⁹⁸ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 54.

⁹⁹ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 43.

Entretanto, pode-se afirmar que essa definição utópica sobre a saúde serve, pelo menos, de estímulo para que os serviços de saúde sejam efetivados de forma a preservar essa saúde, o que deve ser priorizado nas ações realizadas por médicos, enfermeiros, hospitais e, principalmente, pelo Estado.

Na verdade, o conceito dado pela OMS, que é de caráter universal, leva a entender que esse estado de bem-estar é impossível de ser alcançado, mas que não pode deixar de servir para a busca incessante por uma qualidade de vida sempre melhor e digna para qualquer cidadão.

Esta concepção também vem disciplinada na Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁰⁰, em seu art. XXV:

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

Mas a garantia dessa qualidade de vida às pessoas deve ser compreendida não só em consonância com os princípios bioéticos¹⁰¹, por se tratar do objetivo de manter a vida humana, mas também, e, principalmente, com as normas jurídicas que regem o direito à saúde, por se tratar de um direito fundamental social, protegido por princípios constitucionais. É justamente esse segundo aspecto que será abordado no presente capítulo.

Luis Salvador de Miranda Sá Junior¹⁰², analisando a definição do que seja a saúde, contempla as seguintes significações:

Etimologicamente, saúde procede do latim *sanitas*, referindo-se à integridade anátomo-funcional dos organismos vivos (sanidade). Não se trata de conceito unívoco, contém mais de uma significação, que podem ser confundidas. Deve-se estar atento, não se deixar confundir. Destas significações, todas empregadas com alguma frequência, destacam-se: a) sanidade, ausência de enfermidade em um ser vivo (o mais antigo significado, como em: esteve doente, recuperou a saúde); b) saudação amistosa (à moda dos romanos antigos); c) rito verbal exclamativo, quando alguém espirra; d) estado de capacidade, energia, disposição e vigor físico

¹⁰⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 188.

¹⁰¹ Bioética: ramo da filosofia que estuda os avanços das ciências da vida e da saúde, com ênfase nas implicações éticas das pesquisas científicas e das ações de saúde. Disponível em: <<http://bvsm2.saude.gov.br/php/level.php?lang=pt&component=51&item=58>>. Acesso em: 17 fev. 2009.

¹⁰² SÁ JÚNIOR, Luis Salvador de Miranda. *Desconstruindo a definição de saúde*. *Jornal do Conselho Federal de Medicina (CFM)* jul/ago/set de 2004, pg 15-16. Disponível em: <<http://www.unifesp.br/dis/pg/Def-Saude.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2009.

ou mental (como em não tendo saúde para esse trabalho), sentido figurado e metafórico; e) sentir-se bem ou, ao menos, não se sentir mal (a saúde se manifesta no silêncio dos órgãos, diziam os antigos); f) área do conhecimento e campo de estudo sobre a saúde, as ciências da saúde (enfim, todos os estudos sanitários que se interessam pelos indivíduos e comunidades, as ciências da saúde); g) designação sintética dos programas, estabelecimentos, agências ou organismos sociais públicos ou privados destinados a cuidar da saúde dos indivíduos e comunidades; h) atividade política pública ou programa social governamental voltado para os cuidados com a saúde individual ou coletiva e para a administração destes serviços (como um funcionário da saúde, profissão de saúde, Ministério da Saúde e secretaria de Saúde). Neste último sentido, saúde (melhor seria dizer ação, estabelecimento ou sistema de cuidados com a saúde), quer dizer atividade sanitária consubstanciada nas ações e serviços de saúde; na atividade dos trabalhadores e dos estabelecimentos ou agências de saúde, nos programas e planos de saúde e nas ações de saúde públicas ou privadas. Quando se diz: a saúde é direito do cidadão e dever do Estado, funcionário da saúde, profissional da saúde ou orçamento da saúde, é com o sentido de assistência ou cuidado com a saúde que o termo é utilizado.

Para Fernando Aith¹⁰³, as concepções de saúde são elaboradas através da relação direta entre o indivíduo e o social, já tendo sido concebida como ausência de doença ou reserva corporal ou, ainda, como “um fundo de saúde” que permite resistir contra as agressões feitas pelo corpo social. Ele enfatiza, ainda, que se pode encontrar concepções da saúde como “equilíbrio”, pois permite ao indivíduo responder às exigências da vida social de forma mais eficiente.

Sobre esse equilíbrio, afirma o autor: “O equilíbrio se encarna na plenitude física e psíquica, no sentimento de autosatisfação e de harmonia com os outros”. Portanto, apresenta-se como uma concepção positiva da saúde e que foi adotada pela Organização Mundial de Saúde – OMS em sua constituição ao definir a saúde, como visto acima.

Não importa qual o conceito que seja dado à saúde, o que preocupa é o não-atendimento dos princípios constitucionais que regem esse direito à saúde, uma vez que os problemas enfrentados pela sociedade, no que diz respeito à promoção e defesa da saúde de todos de forma igualitária, constitui-se em fato incontestável.

Na verdade, o que deveria ser um processo de evolução, o sistema de saúde parece cada vez mais atingir os piores níveis de concretização das medidas tomadas por parte do

¹⁰³ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 46.

Estado. Luis Salvador de Miranda Sá Junior¹⁰⁴ elenca os fatores que determinaram a involução das condições de saúde do povo brasileiro:

- 2.1.1. política econômica voltada para o privilegiamento do capital, em detrimento do trabalho, acentuando-se o processo de exploração, tanto no interior da sociedade brasileira, quanto na ampliação do processo de exploração do país, por grupos financeiros estrangeiros;
- 2.1.2. deterioração das condições de trabalho, moradia, transporte, alimentação e lazer;
- 2.1.3. perda do poder aquisitivo da população assalariada, determinando a piora da nutrição e das condições de higiene;
- 2.1.4. notória impunidade de atos desonestos e de violência, tornados modelos de comportamento público;
- 2.1.5. decrescimento progressivo dos recursos financeiros destinados aos programas de bem-estar social;
- 2.1.6. desleixo, pela administração pública direta, em favor das empresas públicas, nas quais o sistema de controle favorece desvios e má utilização de recursos.
- 2.1.7. degradação do sistema de instrução, notadamente, daquele destinado a preparar recursos humanos para a saúde.

Foi para combater tais abusos que os legisladores, os operadores do direito e os profissionais da área de saúde começaram a sentir a necessidade de se criar normas para dirimir possíveis conflitos e para fazer com que o direito à saúde seja considerado, de forma efetiva, um direito fundamental social de todos.

Percebe-se, assim, que a saúde é considerada um direito de todo cidadão, mas também um dever do Estado. É o que está preconizado na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no art. 196¹⁰⁵:

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Clara é a intenção do legislador ao considerar o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, no sentido de proporcionar um direito igualitário, que permitirá o acesso universal e integral à saúde, mas que exige a atuação efetiva do Estado para sua garantia, através de políticas e ações públicas que atendam às necessidades do cidadão.

¹⁰⁴ SÁ JÚNIOR, Luis Salvador de Miranda. *Diretrizes para a política de saúde de um governo popular e democrático*. Cad. Saúde Pública. v. 3. n. 3 Rio de Janeiro July/Sept. 1987. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X1987000300010&script=sci_arttext>. Acesso em: 03 mar. 2009.

¹⁰⁵ BRASIL. Vade Mecum. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 61.

Os Tribunais pátrios, inclusive, também se posicionam sobre o direito à saúde, considerando-o como direito fundamental de todas as pessoas e um dever do Estado. Observe:

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República¹⁰⁶.

O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele¹⁰⁷.

É de se destacar que a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um marco na evolução do processo democrático e na consolidação do Estado de Direito, pois em seus dispositivos oferece uma ampla proteção normativa para o que denominou direitos e garantias fundamentais, protegendo, assim, os direitos individuais, civis e políticos, e os direitos coletivos e sociais, como os direitos dos trabalhadores e os direitos à saúde, à educação, à moradia e ao lazer.

Apesar de ser um direito constitucionalmente declarado e protegido, a saúde carece de medidas efetivas para que este direito venha a ser respeitado, uma vez que muitos serviços de saúde não estão sendo concretizados ou, quando o são, não atendem às expectativas daquele cidadão que necessita da realização daqueles serviços por parte de quem tem o dever de fazê-lo.

Na verdade, deve-se combater essa prática, já que o direito à saúde é considerado como um requisito para que o cidadão tenha uma qualidade de vida digna, para que seja resguardado o exercício da cidadania de cada ser humano e para que o Estado Social e Democrático de Direito seja assegurado, o que demanda ao Estado a função de dar garantia e eficácia dos direitos fundamentais do homem.

¹⁰⁶ BRASIL. STF, RE 241.630-2/RS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 1, de 3-4-2001, p. 49.

¹⁰⁷ BRASIL. STF, RE 226.835, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 10-3-2000.

Levando-se em consideração esses aspectos, pode-se considerar que o direito à saúde encontra-se inserido como um dos principais direitos fundamentais reconhecidos pelo constitucionalismo brasileiro.

Não se pode negar, atualmente, a importância dos direitos humanos na concepção moderna de Estado, pois esta é direcionada no sentido de proteger justamente esses direitos, civis, políticos, sociais, econômicos, culturais dentre outros, o que exige a garantia a todos do respeito ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e ao direito à saúde.

Os direitos humanos são caracterizados por um conjunto mínimo de direitos que são necessários para que a vida do ser humano seja assegurada, o que deve ser fundado na liberdade e na dignidade. Dalmo de Abreu Dallari¹⁰⁸ os considera como uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana, que são assim considerados porque deles o homem precisa para existir e se desenvolver.

Atualmente, os direitos humanos constituem uma das formas de direito que mais são debatidas seja em qual área for, cível, penal, trabalhista etc. Surgiu para dar efetividade às normas e princípios que tendem a resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana, assegurando-lhe, principalmente, a dignidade e uma vida saudável.

De acordo com André de Carvalho Ramos¹⁰⁹, a discussão da existência de direitos fundamentais aos seres humanos vem desde a Antiguidade, através dos filósofos gregos quando examinavam o problema diante do Direito Natural, o que também foi visto no cristianismo, momento em que foram assegurados direitos de todos os homens. Segundo ele, é na Idade Moderna que o homem adquire uma série de direitos fundamentais.

O importante é considerar que o tema dos direitos humanos é fundamental para que o Estado Democrático seja compreendido, principalmente, no que se refere ao direito brasileiro, já que ratificou tratados internacionais de direitos humanos. É o que entende Carlos Reis¹¹⁰:

A matéria em estudo possui particular relevância no momento atual, dada a ratificação pelo Brasil dos principais tratados internacionais relacionados aos direitos humanos, decorrência do movimento de redemocratização nacional, marcando um novo momento para o direito público brasileiro. Como superação de um longo período de violação das liberdades fundamentais e de acirramento das desigualdades sociais, filiou-se o país a um sistema jurídico que consagra universalmente os valores fundamentais da dignidade humana e da justiça social, cujas normas destinam-se não a cristalizar a exclusão e o privilégio, mas a obrigar os Estados a voltarem suas ações aos esquecidos, aos marginalizados.

¹⁰⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998. p. 07.

¹⁰⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 29-30.

¹¹⁰ REIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17.

A Constituição Federal de 1988, inspirada pelo ideal de mudança da realidade brasileira, previu a integração das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos à legislação interna (art. 5º, § 2º), tendo como consequência a geração de novos direitos individuais, coletivos e difusos, bem como das correspondentes obrigações de ação ou omissão do Estado.

A importância dos direitos humanos está justamente nas características que lhe são próprias, uma vez que constituem direitos inerentes a cada pessoa humana; são universais, porque pertencem a todos; indivisíveis; interdependentes e transnacionais¹¹¹, o que revela a atualidade do tema.

Acompanhando esse raciocínio, não se pode fugir de considerar a saúde como um direito fundamental social de todos. É o que bem observa André da Silva Ordacgy¹¹²:

A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. Em outras palavras, **a saúde é direito social fundamental**, a ser exercido pelo Estado (e não contra o Estado), através da implementação de políticas públicas e sociais que propiciem o seu gozo efetivo (grifo nosso).

Para Rogério Gesta Leal¹¹³, o direito à saúde se apresenta como um direito primário e absoluto, a partir do qual os demais direitos podem ser exercidos, e por essa razão, é considerado inviolável, pois implica a integridade física e psíquica da pessoa humana, o que impõe a sua proteção contra “ameaças ou agressões que derivem das condições próprias dos locais de trabalho, da cidade ou de qualquer outro ambiente do mundo da vida”.

Dessa forma, depreende-se que os direitos sociais foram sendo positivados como direitos humanos, com o objetivo de garantir condições mínimas de existências a todos os seres humanos, necessitando, assim, da atuação ativa do Estado para sua proteção, cabendo a

¹¹¹ Ao se afirmar que os direitos humanos são indivisíveis se está a dizer que não existe meio-termo: só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos previstos no Direito Internacional dos Direitos Humanos estiverem sendo respeitados, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais. A interdependência diz respeito aos direitos humanos considerados em espécie, ao se entender que um certo direito não alcança a eficácia sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros direitos humanos. “Os direitos fundamentais da pessoa humana são reconhecidos e protegidos em todos os Estados, embora existam algumas variações quanto à enumeração desses direitos, bem como quanto à forma de protegê-los. Esses direitos não dependem da nacionalidade ou cidadania, sendo assegurados a qualquer pessoa” (Ibid. pp. 118/121).

¹¹² ORDACGY, André da Silva. *Saúde pública: direito fundamental do cidadão*. Disponível em: <http://www.robsondpu.org/files/pub/119978665750135_Saude-Publica-Direito-Fundamental.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2009.

¹¹³ LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. p. 1525-1526.

este o dever de promover e proteger os direitos sociais, principalmente da parcela da população que não tem acesso a esses direitos.

Outro não poderia ser o entendimento, tendo em vista que, além de outras normas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹⁴ e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹¹⁵, a própria Constituição Federal reconhece a saúde como um direito humano social, disposto no art. 6º¹¹⁶, quando elenca a saúde, a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados como direitos sociais.

Da mesma forma se posiciona o Ministério da Saúde¹¹⁷:

O direito à saúde, como direito social que é, realmente possui a característica de exigir do Estado brasileiro ações concretas e efetivas para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Deve assim o Estado intervir na dinâmica social para a proteção do direito à saúde. Ao mesmo tempo, a saúde também possui diversas características que lhe oferecem contornos de direito subjetivo público. O direito à saúde pode ser também considerado um direito subjetivo público (faculdade de agir por parte de um cidadão ou de uma coletividade para ver um direito seu ser observado), na medida em que permite que o cidadão ingresse com uma ação no Poder Judiciário para exigir do Estado ou de terceiros responsáveis legalmente a adoção ou a abstenção de medidas concretas em favor da saúde.

Por assim ser considerada, a saúde, como um direito humano fundamental, ela se insere nos chamados direitos de segunda geração, já explicitados no capítulo primeiro, ou Direitos Sociais ou Direito Humanos. Assim, por ser reconhecida como um direito social, faz com que a sociedade possa ter o direito de exigir do Estado a realização de ações voltadas para a concretização e efetivação dos serviços de saúde.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹¹⁸ faz uma explanação do que seriam esses direitos sociais, que ele chama de direitos prestacionais:

¹¹⁴ A Declaração Universal dos Direitos do Homem preceitua, em seu artigo III, que "Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal". Já o artigo XXV, inc. 1, dispõe que: "Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis".

¹¹⁵ Adotado pela Resolução 2.200 - A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966 e ratificado pelo Brasil em 24.01.1992, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais teve o objetivo de tornar juridicamente vinculantes os dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, determinando a responsabilização internacional dos Estados-partes pela violação dos direitos enumerados. Por Adriana Carneiro Monteiro. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/culturais.html>>. Acesso em: 18 fev. 2009.

¹¹⁶ BRASIL. Vade Mecum. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 11.

¹¹⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. p. 50.

¹¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 92.

Tais direitos não são meros poderes de agir, meras liberdades, mas têm por característica maior reclamarem contrapartida da parte da sociedade por meio do Estado. São poderes de exigir serviços, prestações concretas, que satisfaçam as necessidades humanas primordiais e prementes: trabalho, educação, saúde, sustento na doença ou na velhice, lazer etc. Correspondem a “créditos” de que cada um seria possuidor em relação ao todo social.

Diante da concepção acima referida, é de se considerar que os direitos sociais correspondem à prestações estatais, isto é, permite aos cidadãos o direito de ter uma garantia de atuação positiva dos órgãos do Estado no que se refere à defesa da educação, saúde, trabalho, moradia, lazer etc.

Nesse contexto, o direito à saúde também assume como característica ser um direito público subjetivo, que proporciona a faculdade de agir pelo cidadão ou toda a sociedade para ver seu direito ser resguardado, ou seja, permite que se valha do direito de ingressar com ações junto ao Poder Judiciário no caso de não estarem sendo observadas as medidas concretas em favor da saúde.

É o que defende Fernando Aith¹¹⁹, ao dizer que o Direito à saúde é um direito humano fundamental da sociedade brasileira necessário para o desenvolvimento do país:

Assim, podemos perceber que, como Direito Social, o Direito à saúde exige do Estado a adoção de ações concretas para sua promoção, proteção e recuperação, como a construção de hospitais, a adoção de programas de vacinação, a contratação de médicos, etc. De outro lado, deve-se ter em vista que o Direito à saúde também se configura em um direito subjetivo público, ou seja, um direito oponível ao Estado por meio de ação judicial, pois permite que um cidadão ou uma coletividade exijam do Estado o fornecimento de um medicamento específico ou de um tratamento cirúrgico. Assim, o Direito à saúde é ao mesmo tempo um direito social e um direito subjetivo pois permite que um cidadão ou uma coletividade exijam que o Estado adote medidas específicas em benefício da sua saúde ou que o Estado se abstenha de adotar ações que possam causar prejuízos à saúde individual ou coletiva (ou seja, também exige abstenção do Estado, como por exemplo não poluir o ambiente).

Esse reconhecimento da saúde como um direito humano fundamental e como um dever do Estado, deu origem a um complexo normativo específico que trata das questões da saúde no Brasil.

O Brasil está vivendo uma experiência inovadora de construção de direitos de cidadania ao adotar políticas sociais universais na sua Carta Maior, a exemplo da saúde,

¹¹⁹ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 72.

inovando, em termos jurídicos, ao estabelecer a relevância pública dos serviços de saúde, o que envolve diversas forças da comunidade e do poder político para a sua efetivação. Senão observe:

Identificamos nessa construção que, assim como a saúde, outros direitos sociais vêm sendo conquistados, fruto da luta cotidiana travada pela sociedade civil nos espaços públicos em torno da ampliação da noção de igualdade. Luta que envolve movimentos sociais, segmentos da sociedade civil organizada e agentes públicos, em diferentes espaços públicos, cuja atuação pavimenta a construção de *novas demandas*, numa postura afirmativa de direitos, que inclui não somente direitos sociais, mas a reivindicação de *direitos culturais*¹²⁰.

É por isso que o legislador constituinte considerou as ações e os serviços de saúde como sendo de relevância pública, ao estipular o seguinte:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado¹²¹.

E o fato de as ações e os serviços de saúde serem considerados de relevância pública, conforme leciona Uadi Lammêgo Bulos¹²², impõe aos órgãos governamentais dispor sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle, “devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de Direito Privado”.

É o que entende também a jurisprudência pátria:

A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde, em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante¹²³.

Quis o legislador constituinte atribuir a tarefa de promover, defender e recuperar a saúde dos cidadãos a todos os entes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além da

¹²⁰ PINHEIRO, Roseni; GUIZARDI, Francini; MACHADO, Felipe Rangel S.; GOMES, Rafael da Silveira. Demanda em saúde e direito à saúde: liberdade ou necessidade? Algumas considerações sobre os nexos constituintes das práticas de integralidade. *Construção social da demanda: direito à saúde, trabalho em equipe, participação e espaços públicos*. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ: ABRASCO, 2005. p. 16.

¹²¹ BRASIL. Vade Mecum. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 61.

¹²² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1282.

¹²³ BRASIL. STF, RE 267.612, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23-8-2000.

iniciativa privada, com o objetivo de ver a concretização desse direito fundamental e o atendimento aos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, uma vez que a saúde é um direito humano fundamental da sociedade brasileira, necessário ao desenvolvimento de toda sociedade.

É inconcebível como um direito tão relevante para a população demorou tanto para ser inserido em um texto constitucional. É nesse sentido que José Afonso da Silva¹²⁴, considerando o direito à saúde como relevante à vida humana, mas que demorou muito para ser elevado à condição de direito fundamental do homem, entende que cada um tem o direito de um tratamento condigno, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.

Assim, não se pode aceitar atitudes e ações que venham a ferir o direito fundamental à saúde, por parte de quem é obrigado a prestar um serviço eficiente na área da saúde. Neste caso, seja por ação ou omissão dos encarregados dessa função, não se pode fugir de responsabilizá-los e de se buscar a concretização de tal direito, como será visto mais adiante. Mas antes, é preciso entender quais os princípios específicos que regem esse direito à saúde.

2.3. Princípios específicos do direito à saúde

Foi visto no capítulo anterior que os princípios constitucionais preconizados na Constituição Federal de 1988 são aplicáveis ao direito à saúde em sua plenitude, a exemplo, da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da liberdade e da igualdade, além de direitos fundamentais, como o direito à vida.

Mas esse direito à saúde também conta com princípios próprios e que são defendidos não só na Carta Magna, mas no próprio Direito Sanitário, que traz normas diversas no tocante à proteção e defesa da saúde. É tanto que esse ramo do direito elenca a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a equidade como seus grandes princípios, o que também se verifica na Lei nº 8.080/1990, que trata do Sistema Único de Saúde - SUS, que será analisado mais adiante.

Sobre a dignidade da pessoa humana muito já foi explanado, mas é necessário conhecer como o Direito Sanitário se organiza para proteger esse princípio, para que todo ser

¹²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 871.

humano possa ter uma saúde mental, física e social, ou seja, uma vida digna. Vale ressaltar aqui o direito à integridade física e mental da pessoa humana, que é protegido tanto pela Constituição Federal, como por outras normas, a exemplo do Código de Ética Médica, a Lei 9.434/1997, a Lei 11.105/2005, o Código Civil e o Código Penal.

A respeito das normas constitucionais que protegem a integridade física e mental do ser humano, observem-se as seguintes:

Art. 5º, III, da Constituição Federal: Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Art. 5º, XLVII: Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Art. 5º, XLIX: É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Art. 199, § 4º: A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização¹²⁵.

O Código de Ética Médica – CEM também traz diversos dispositivos voltados a essa proteção, a exemplo do art. 6º, que diz que o médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, devendo, assim, atuar sempre em benefício do seu paciente. Dessa maneira, não pode o médico utilizar os seus conhecimentos para provocar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra a sua dignidade e integridade.

Outros artigos também se referem à integridade física e mental do homem:

Art. 21 - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no País.

Art. 23 - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar o paciente.

Art. 29 - Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.

Art. 42 - Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação do País.

Art. 43 - Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento.

Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida.

¹²⁵ BRASIL. Vade Mecum. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Art. 49 - Participar da prática de tortura ou de outras formas de procedimento degradantes, desumanas ou cruéis, ser conivente com tais práticas ou não as denunciar quando delas tiver conhecimento.

Art. 50 - Fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que facilitem a prática de tortura ou outras formas de procedimentos degradantes, desumanas ou cruéis, em relação à pessoa.

Art. 122 - Participar de qualquer tipo de experiência no ser humano com fins bélicos, políticos, raciais ou eugênicos.

Art. 124 - Usar experimentalmente qualquer tipo de terapêutica, ainda não liberada para uso no País, sem a devida autorização dos órgão competentes e sem consentimento do paciente ou de seu responsável legal, devidamente informados da situação e das possíveis conseqüências.

Art. 129 - Executar ou participar de pesquisa médica em que haja necessidade de suspender ou deixar de usar terapêutica consagrada e, com isso, prejudicar o paciente.¹²⁶.

Já o Código Civil, nos arts. 13 a 15, dispõe sobre os limites que devem ser dados à livre disposição do corpo humano. Verifica-se, nesse sentido, que o legislador, ao tratar dos direitos da personalidade, regulou também questões fundamentais para a defesa da dignidade da pessoa humana, o que está intimamente ligado à preservação da integridade física e mental do ser humano.

Dita o art. 13: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Por sua vez, o art. 15 determina: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”¹²⁷.

Como se observa, a legislação civil também se preocupou com as questões ligadas ao direito à saúde, assim como a lei que disciplina doações e transplantes de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano (Lei 9.434/1997) e a Lei da Biossegurança (Lei Federal 11.105/2005, que regulamenta as atividades e os projetos que envolvam os organismos geneticamente modificados – OGMs e seus derivados. Ambas protegem a integridade física e mental do ser humano.

Determina o art. 2º, da Lei 9.434/97¹²⁸: “A realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde”.

Já os arts. 5º e 6º, da Lei da Biossegurança¹²⁹ elucidam o seguinte:

¹²⁶ CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Disponível em: <<http://www.sbh.com.br>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

¹²⁷ BRASIL. Vade Mecum. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 169.

¹²⁸ BRASIL. Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

¹²⁹ BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005.

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Art. 6º Fica proibido:

I – implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual;

II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo **in vitro** de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;

III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;

IV – clonagem humana;

V – destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação;

VI – liberação no meio ambiente de OGM ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, nos casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado, na forma desta Lei e de sua regulamentação;

VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, entende-se por tecnologias genéticas de restrição do uso qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos.

Necessário frisar, ainda, que o respeito à intimidade do paciente configura também uma garantia da proteção de sua dignidade humana, o que se pode chamar de segredo médico. Trata-se de uma obrigação do médico em respeitar a intimidade de cada paciente, não

permitindo a sua violabilidade. É o que está previsto nos arts. 102 a 109, do Código de Ética Médica e nos arts. 154 e 325 do Código Penal.

No que se refere ao princípio da liberdade, já foi visto que a liberdade deve ser considerada como um princípio do Estado Democrático de Direito e que a proteção à saúde envolve o desenvolvimento de ações e serviços de saúde considerados pela Constituição Federal como sendo de relevância pública. Mas, ao se falar do direito à saúde aliado ao princípio da liberdade, é de se ressaltar que tanto os profissionais da área como os pacientes têm assegurado o direito à liberdade, que poderá ser limitada se houver interesse público em benefício da própria sociedade.

Quanto à liberdade do usuário, esta abrange a liberdade de escolha do médico, a liberdade de disposição do corpo e a liberdade de acesso às informações médicas existentes nos arquivos das instituições públicas e privadas de saúde. E quanto à liberdade dos profissionais de saúde, pode-se dizer que abarca a liberdade de exercício profissional, a liberdade de escolha dos seus pacientes, a liberdade de instalação e a liberdade de prescrição, que estão previstos no já referido Código de Ética Médica.

Os princípios da igualdade e da equidade ou solidariedade completam os grandes princípios do direito à saúde. Tais princípios são analisados com propriedade por Fernando Aith¹³⁰, que entende que o princípio da igualdade deve ser considerado juntamente com o da equidade, para combater as desigualdades e estimular as diferenças. Sintetiza falando da aplicação desses princípios à saúde:

No Direito Sanitário, fala-se sobre a aplicação do princípio da igualdade no que se refere, por exemplo, às ações e serviços de medicina preventiva, de vigilância sanitária e epidemiológica. Essas ações e serviços devem ser distribuídos igualmente a todos, sem distinção. No entanto, quando nos referimos à medicina curativa, às ações e serviços de saúde voltados à recuperação da saúde, é preferível nos referirmos ao princípio da equidade: permitir a cada um, em função de sua liberdade, de se beneficiar dos serviços de saúde de que necessita.

O autor *sus* mencionado entende, ainda, que o princípio da equidade ou solidariedade completa os “grandes princípios” do Direito Sanitário brasileiro, que, como será visto, é o ramo do direito que disciplina as ações e serviços públicos e privados de interesse à saúde e que é formado por um conjunto de normas jurídicas que tem como objetivo assegurar o acesso a todos, de forma igualitária, a essas ações que promovem a defesa do direito à saúde.

¹³⁰ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 219.

Segundo ele, o princípio da igualdade é essencialmente fundado no princípio da equidade, uma vez que “para propiciar a todos e a cada um as condições materiais necessárias para o pleno desenvolvimento das suas potencialidades físicas, mentais e espirituais, a sociedade deve organizar um sistema público de solidariedade”¹³¹.

Além dos grandes princípios analisados acima, o direito à saúde e, conseqüentemente, o Direito Sanitário, contam ainda com outros princípios para auxiliar na concretização das normas relacionadas a proteção à saúde, a exemplo do princípio da segurança sanitária, o princípio da informação, o princípio do consentimento e o princípio da democracia sanitária.

No que se refere ao princípio da segurança sanitária, este foi reconhecido no art. 200, da Constituição Federal, que trata da competência do Sistema Único de Saúde – SUS, uma vez que traz diversas normas relacionadas diretamente com a segurança sanitária, que envolve não só a necessidade de redução dos riscos à saúde existentes nas atividades desenvolvidas pelo homem na sociedade, mas também a necessidade de redução dos riscos inerentes à execução dos atos médicos em geral.

Para Fernando Aith¹³², desse princípio decorrem ainda o princípio da responsabilidade (obriga as pessoas a responderem pelos seus próprios atos ou ainda pelos atos dos outros, civil, penal, administrativa ou profissionalmente/disciplinarmente) e o princípio da precaução (exige que se adotem medidas concretas e efetivas no sentido de tentar prever e evitar os possíveis riscos inerentes a atividades ligadas à saúde).

É sabido, também, que a informação é de fundamental importância para todo o processo de educação do ser humano. E não poderia ser diferente com o direito à saúde, visto que todo paciente tem o direito a ter acesso às informações sobre a sua saúde. Mas esse princípio da informação não é absoluto, já que, como foi visto, o segredo médico e as razões de interesse público relevantes podem limitar a sua aplicação.

Com efeito, o princípio da informação garante uma relação clara e transparente entre o médico e o paciente.

Já o princípio do consentimento ou da autonomia, como também é chamado, decorre diretamente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade, e é aplicado tanto aos profissionais da área de saúde quanto aos pacientes. Ele está consagrado no já citado art. 46, do Código de Ética Médica, significando que nenhum tratamento médico será realizado sem que o paciente dê o seu consentimento.

¹³¹ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário*: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 220.

¹³² AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário*: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 231-232.

Trata-se de um direito personalíssimo, posto que o consentimento só deve ser dado pelo paciente de forma livre e esclarecida, sendo ressalvados os casos em que ele não tenha condições para exprimir a sua decisão, ocasião em que os parentes mais próximos ou seu representante legal podem dar o consentimento. Pode ser dado tanto de forma verbal como escrita e pode ser retirado quando o paciente desejar.

Assim como o princípio da informação, o princípio do consentimento também pode sofrer limitações, quando significar uma proteção à vida do próprio paciente ou quando significar uma proteção à saúde pública, em decorrência do interesse público.

O art. 7º, do Código de Ética Médica¹³³, também dispõe sobre a autonomia dos médicos, ao estabelecer que eles devem exercer a profissão com amplitude, não sendo obrigados a prestar serviços a quem não deseje. Mas a norma faz uma ressalva quanto aos casos de ausência de outro médico, de urgência ou quando sua negativa possa trazer danos irreparáveis ao paciente. Nestes casos, o princípio do consentimento também sofre limitações.

Por sua vez, o art. 198, da Constituição Federal¹³⁴ prevê que as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação da comunidade. Depreende-se, assim, que a participação da sociedade é fundamental para que as ações e os serviços de saúde sejam respeitados e concretizados.

Interessante citar, também, o art. 77, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que dispõe que os recursos públicos destinados às ações e serviços públicos de saúde serão acompanhados e fiscalizados por Conselhos de Saúde. É que essa gestão governamental deve ser feita dentro da Democracia Sanitária, ou seja, uma forma de gestão da saúde pública em que o poder político é exercido pelo povo.

Na verdade, quis o legislador constitucional atribuir ao Estado, à sociedade e ao homem, em particular, a tarefa de lutar para que o direito à saúde seja concretizado de forma efetiva. Para isso, todos devem se guiar pelos princípios já referidos e pelas normas relacionadas à saúde e que têm por objetivo preservar, proteger e recuperar essa saúde.

2.4. Importância do estudo do direito sanitário

¹³³ CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Disponível em: <<http://www.sbh.com.br>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

¹³⁴ BRASIL. Vade Mecum. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 61.

Como visto anteriormente, a saúde foi considerada como um direito humano fundamental social. Esse reconhecimento proporcionou o advento de inúmeras normas e decisões judiciais que têm por objetivo garantir o respeito a esse direito. Nesse sentido, surge o Direito Sanitário como um direito específico da ciência jurídica, voltado à promoção, proteção e recuperação da saúde no Estado Brasileiro.

O Direito Sanitário surgiu, pois, para regular as ações e serviços que são desenvolvidos na sociedade no que se refere à saúde, uma vez que o direito à saúde depende de condições que venham assegurar a todos os cidadãos o acesso a essas ações e serviços que têm por objetivo promover, proteger e recuperar a saúde.

Trata-se de um direito que só veio a ser consolidado a partir da Constituição Federal de 1988. Mas o Direito Sanitário reúne também normas de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Civil e Direito do Consumidor, o que significa dizer que é um direito multidisciplinar, justamente por tratar de um tema universal e inerente a todo ser humano, que é o direito à saúde.

Observe o que fala Fernando Aith¹³⁵ sobre o assunto:

Assim, o Direito Sanitário, para ser bem compreendido, não pode mais ser considerado somente como um conjunto desordenado de normas jurídicas que são interpretadas ora sob a lógica que rege o Direito Administrativo, ora sob as lógicas que regem o Direito Penal, ora sob a lógica que rege o Direito Civil, e assim por diante. O Direito Sanitário adquiriu conteúdo suficientemente sólido para que se possa compreendê-lo de forma autônoma, sem perder de vista que ele possui intrinsecamente as suas interfaces com os outros ramos da ciência jurídica, uma vez que compõe uma parte do todo. O grande diferencial do Direito Sanitário é que ele possui normas específicas, inerentes ao seu domínio, e ao mesmo tempo dialoga e se relaciona intensamente com outros ramos do direito e com outros campos do conhecimento, como a medicina, a sociologia, a administração pública, a filosofia, dentre outros.

Foi através do impulso dado pela Constituição brasileira ao reconhecimento desse Direito Sanitário, que várias normas surgiram para regulamentá-lo, a exemplo da Lei Orgânica da Saúde – Leis 8.080/1990 e 8.142/1990, Leis de criação das Agências Nacionais de Vigilância Sanitária – Lei 9.782 e de Saúde Suplementar – Lei 9.656, Lei de Bio-Ética – Lei 11.105/05, dentre várias outras.

¹³⁵ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 82-83.

Fernando Aith¹³⁶ entende que foi a partir da Constituição Federal que o Direito Sanitário passou a ser consolidado como um ramo específico do Direito:

O Direito Sanitário conquistou no Brasil uma posição de destaque sobretudo a partir da Constituição de 1988. O tratamento jurídico dado às questões relacionadas à saúde no Brasil consolidou no âmbito do Direito um ramo específico. De fato, o Direito brasileiro possui um conjunto de normas jurídicas especificamente voltado à regulação das ações e serviços de interesse à saúde. Desde a Constituição, que define objetivos, princípios e diretrizes para a regulação sanitária no Brasil, até as normas infralegais que organizam o Sistema Único de Saúde (NOB e NOAS, por exemplo), a realidade jurídica nacional permite-nos afirmar que o Direito Sanitário encontra-se definitivamente consolidado no Brasil.

Verifique-se o que preceitua Sueli Gandolfi Dallari¹³⁷:

O direito sanitário se interessa tanto pelo direito à saúde, enquanto reivindicação de um direito humano, quanto pelo direito da saúde pública: um conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o povo de determinado Estado, compreendendo, portanto, ambos os ramos tradicionais em que se convencionou dividir o direito: o público e o privado. Tem, também, abarcado a sistematização da preocupação ética voltada para os temas que interessam à saúde e, especialmente, o direito internacional sanitário, que sistematiza o estudo da atuação de organismos internacionais que são fonte de normas sanitárias e dos diversos órgãos supra-nacionais destinados à implementação dos direitos humanos.

Portanto, pode-se dizer que o direito sanitário é o ramo do Direito que disciplina as ações e serviços públicos e privados de interesse à saúde, formado pelo conjunto de regras e princípios que têm como objetivos a redução de riscos de doenças e de outros agravos e o estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde

O Direito Sanitário é o ramo do Direito que disciplina as ações e serviços públicos e privados de interesse à saúde, formado pelo conjunto de normas jurídicas – regras e princípios – que tem como objetivos a redução de riscos de doenças e de outros agravos e o estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Cristiano Carvalho¹³⁸, analisando a definição do Direito Sanitário, esclarece que este é um ramo didaticamente autônomo do direito positivo, uma vez que integra normas que

¹³⁶ AITH, Fernando Mussa Abujamra. Teoria Geral do Direito Sanitário. v. 1. Tese apresentada à Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública. 2006. p. 13.

¹³⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Márcio Iorio Aranha (Org.). Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 48.

versam, direta ou indiretamente, sobre a relação entre Estado, Sociedade e Saúde Pública, consubstanciado em um controle estatal, ou seja, num exercício do poder de polícia sobre as atividades exercidas pelos particulares.

Assim, observa-se que o Direito Sanitário possui especificidades próprias responsáveis por dotar o direito de elementos necessários para cumprir a função de promoção, proteção e recuperação da saúde. É ele, dessa maneira, um direito regulador e direcionador, tendo em vista ser composto de normas que vão obrigar o Estado, a sociedade, as famílias e todas as pessoas a promover atos e ações que tenham por objetivo a proteção e defesa da saúde não só individual, mas coletiva, o que deve ser cumprido seguindo-se os preceitos constitucionais e as normas ditadas pelo Direito Sanitário.

É através desse direito que a população vai poder ter a contribuição para uma correta organização das ações e serviços de saúde, pois o Direito Sanitário visa ao desenvolvimento da sociedade e à defesa dos valores juridicamente protegidos por essa mesma sociedade, cumprindo a sua função social de organização e transformação ordenada da sociedade, constituindo-se, pois, um dos pilares da República para a proteção da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Cristiano Carvalho¹³⁹, o Direito Sanitário é mais restrito do que o direito à saúde, pois constitui uma intersecção entre o direito positivo e a saúde, aqui compreendendo todos os aspectos concernentes à vida, bem-estar físico e mental do indivíduo e da coletividade, serviços públicos e privados relativos à saúde, bem como o controle de doenças e epidemias. Para o autor, o Direito Sanitário tem por função um controle, através do poder de polícia, de todas as atividades públicas e privadas que tenham repercussão na saúde pública, assumido os mais diversos aspectos do sistema social, incluindo o papel do Estado provedor de serviços públicos, a função administrativa, os direitos individuais e coletivos e a própria coercitividade normativa. Verifique-se o que conclui o autor sobre a função do Direito Sanitário:

Todo aspecto que envolver, de forma direta ou indireta, a saúde pública é objeto do direito sanitário, sendo que este, como todo direito positivo, é emanado pelo Estado e visa a regular a atuação da esfera privada especificamente em relação a estes fins. Em outras palavras, direito sanitário positivo é formado pelo complexo de normas jurídicas que regulam a produção de medicamentos, alimentos, fumo, bebidas alcoólicas,

¹³⁸ CARVALHO, Cristiano; MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. *Direito Sanitário Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 11.

¹³⁹ CARVALHO, Cristiano; MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. *Direito Sanitário Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 12/3.

barreiras sanitárias, vigilância sanitária, taxas sanitárias e serviços relativos à saúde.

Da mesma forma se posiciona Fernando Aith¹⁴⁰:

(...) Assim, é o Direito Sanitário que definirá, através de seu conjunto normativo, quais as medidas necessárias para a contenção de uma determinada epidemia, ou quais os medicamentos que devem ser disponibilizados em determinados hospitais, ou ainda qual o estatuto jurídico do embrião produzido *in vitro*.

(...) será através do Direito Sanitário que se definirá como o Estado se organizará para a efetivação da saúde; é o Direito Sanitário que regulará as ações e serviços públicos e privados de saúde buscando a plena efetivação do Direito à saúde; é o Direito Sanitário que vai oferecer o suporte normativo, jurídico, para que tanto o Estado como a população organizem-se no sentido do mais elevado respeito a esse direito tão intimamente relacionado com a proteção da vida, que é o Direito à saúde.

Na verdade, como bem posicionado pelo autor, o Direito Sanitário surgiu para regular as ações e serviços de saúde, com o objetivo de promover a defesa do bem maior que é inerente a todo ser humano, que é a vida, como já foi visto no capítulo anterior, o que só vem a consagrar a importância de se proteger e se respeitar as normas que digam respeito ao direito à saúde.

Mas o Direito Sanitário não só impõe ordens positivas para estabelecer direitos, impor ou autorizar a realização de atos, uma vez que as ordens negativas servem também para colocar uma proibição na realização de determinados atos. Tem-se, por exemplo, as normas jurídicas que representam ordens positivas: as que estabelecem direitos relacionados à saúde, como é o caso do direito de os portadores do vírus do HIV receberem o coquetel de medicamentos; as que obrigam os indivíduos, como a determinação de tratamento compulsório em caso de epidemias; e as que impõem ou autorizam algo, como a vacinação de crianças e venda de gêneros alimentícios. Há, ainda, as normas jurídicas que prescrevem ordens negativas, a exemplo da proibição de vender medicamentos sem o devido registro.

É nesse aspecto que se pode entender o Direito Sanitário como sendo um conjunto de normas jurídicas que tem por função reduzir os riscos de doenças e de outros agravos à saúde e assegurar o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

O Direito Sanitário, além disso, organiza a forma como o Estado e a iniciativa privada irão desenvolver as ações e os serviços de saúde, tendo como função, ainda, promover a

¹⁴⁰ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 89-91.

forma em que se dará a fiscalização e o controle dessas ações e serviços. E, acima de tudo, condiciona e proíbe condutas que venham a prejudicar esse direito fundamental de qualquer cidadão.

Para isso, o Estado deve se munir de instrumentos eficazes para que possa cumprir os preceitos constitucionais relacionados ao direito à saúde. E o Direito Sanitário vem auxiliar o Poder Público nessa tarefa, organizando as políticas públicas relacionadas ao direito à saúde. Sobre essas políticas públicas, o capítulo seguinte trará as considerações pertinentes.

É necessário enfatizar, ainda, que as ações e os serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde são desenvolvidos tanto pelo Estado como pela iniciativa privada, podendo assumir o caráter de prevenção, de vigilância, de educação, de higiene, de atendimento, de diagnóstico etc. É justamente o papel do Estado que será analisado no presente trabalho, no sentido de verificar se ele está cumprindo com o seu dever preconizado constitucionalmente, o que será visto no capítulo seguinte.

2.5. O papel do Sistema Único de Saúde - SUS

Já foi verificado que a saúde encontra amparo não só na esfera constitucional, mas também no plano infraconstitucional. Desta feita, faz-se necessário analisar a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que cria o Sistema Único de Saúde - SUS, uma vez que a própria Constituição Federal preconiza que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se em um sistema único.

A intenção do legislador em criar o Sistema Único de Saúde foi possibilitar ao Estado a função de cumprir com o objetivo preconizado na Carta Magna, a ele atribuído, de organizar um conjunto de ações e serviços públicos de saúde que seja capaz de reduzir os riscos de doenças e de outros agravos à saúde, bem como de garantir à população o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde.

De acordo com o Ministério da Saúde¹⁴¹, trata-se de uma “instituição-organismo de direito público que reúne os instrumentos para que o Estado brasileiro desenvolva as

¹⁴¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Manual de Direito Sanitário com enfoque na vigilância em saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. p. 55.

atividades necessárias para a garantia do direito à saúde no Brasil”, que se orienta pelos princípios do acesso universal, da integralidade, da igualdade, da assistência etc:

O SUS representa a mais importante instituição jurídica do direito sanitário brasileiro na medida em que integra e organiza diversas outras instituições jurídicas. O Sistema Único de Saúde é composto pelo conjunto de instituições jurídicas responsáveis pela execução de ações e serviços públicos de saúde. Trata-se de um sistema que define, harmoniza, integra e organiza as ações desenvolvidas por diversas instituições-organismos de direito público existentes no Brasil, como o Ministério da Saúde, as secretarias estaduais e municipais de saúde e as agências reguladoras.

Dessa forma, constata-se que confere ao Estado a responsabilidade de organizar um conjunto de ações e serviços públicos de saúde capazes de reduzir os riscos de doenças e de outros agravos à saúde, bem como de garantir à população o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde

É importante esclarecer que a saúde tanto pode ser protegida pela iniciativa pública, como pela iniciativa privada, pois a Constituição Federal enfatiza que ao mesmo tempo em que o Estado possui a incumbência de garantir a saúde da população, a iniciativa privada tem a liberdade de desenvolver ações e serviços privados de saúde, atuação essa que pode ser complementar ou complementar, ou seja, quando for desenvolvida exclusivamente ou quando guardar relação com o Sistema Único de Saúde.

É o que também vem disciplinado na Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/90, que dispõe que as suas normas reguladoras abrangem todas as ações e os serviços de saúde, sejam aqueles executados pelo poder público ou aqueles de iniciativa privada, que tanto pode ser complementar (quando desenvolvida exclusivamente no âmbito privado) como complementar (quando instituições privadas participam de forma complementar do SUS).

Neste último caso, que está previsto no § 2º, do art. 4º, da referida lei, os serviços referentes à assistência à saúde que são praticados pela iniciativa privada, mas que participam do SUS de forma complementar, passam a integrar o Sistema Único de Saúde, passando a se submeter às suas normas.

O objetivo do presente trabalho é analisar se o Estado, a quem incumbe o dever de disponibilizar os instrumentos necessários para se proteger o direito à saúde, está cumprindo não só com o dispositivo constitucional já abordado anteriormente, mas com todos os preceitos infraconstitucionais que também disciplinam essa obrigação, a exemplo do art. 2º,

da Lei nº 8.080/1990: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”¹⁴².

O artigo acima citado não só considera a saúde como um direito fundamental do cidadão, mas dita que o Estado é o responsável direto e principal pela sua garantia, sendo encarregado de formular e executar as políticas econômicas e sociais que têm por objetivo reduzir os riscos de doenças e de outros agravos.

Como se pode ver, o SUS é uma instituição criada com o objetivo de organizar todas as ações e serviços públicos de saúde, o que foi feito pela Constituição Federal de 1988, no já mencionado art. 198. Mas o seu conceito vem determinado no art. 4º, da Lei nº 8.080/90¹⁴³, como sendo o conjunto de ações e serviços de saúde, que são prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

Observe-se, portanto, que o SUS organiza-se como um conjunto individualizado (o Sistema), apresentando uma organização interna, posto que foi criado pela Constituição Federal e possui diversos órgãos colegiados de deliberação, como as Comissões Intergestores. Enfim, reúne em si todas as instituições jurídicas que desenvolvem ações e serviços públicos de saúde no Brasil.

Cipriano Maia de Vasconcelos e Dário Frederico Pasche¹⁴⁴ entendem que o SUS foi instituído com o objetivo de coordenar e integrar as ações de saúde, constituindo-se como um “arranjo organizacional” do Estado brasileiro, criado para dar suporte à efetivação da política de saúde, traduzindo em ações os princípios e diretrizes desta política. É o que se verifica da definição dada por eles ao Sistema Único de Saúde:

Compreende um conjunto organizado e articulado de serviços e ações de saúde, e aglutina o conjunto das organizações públicas de saúde existentes nos âmbitos municipal, estadual e nacional, e ainda os serviços privados de saúde que o integram funcionalmente para a prestação de serviços aos usuários do sistema, de forma complementar, quando contratados ou conveniados para tal fim.

O Sistema Único de Saúde compreende, portanto, um conjunto de instituições jurídicas que têm por função desenvolver ações e serviços públicos que digam respeito à

¹⁴² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Brasil: legislação federal compilada- 1973 a 2006. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. p. 371.

¹⁴³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Brasil: legislação federal compilada- 1973 a 2006. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. p. 372.

¹⁴⁴ VASCONCELOS, Cipriano Maia de; PASCHE, Dário Frederico. O Sistema Único de Saúde. *Tratado de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006. p. 531.

saúde, tanto podendo fazer parte da Administração Direta como da Administração Indireta, a exemplo do Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, Autarquias hospitalares, Agências Reguladoras, Fundações.

O Ministério da Saúde está inserido no rol da Administração Direta, ou seja, dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, cuja organização específica foi definida pelo Decreto Federal nº 4.726/2003. Trata-se do órgão superior do direito à saúde no âmbito da União.

Este órgão também é composto por um conjunto de instituições jurídicas que são responsáveis pelas ações e serviços públicos de saúde na esfera federal e que compõem sua estrutura organizacional, como as autarquias, as fundações e as sociedades de economia mista. É importante aqui destacar o papel das Agências Reguladoras, consideradas autarquias especiais, a exemplo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

A ANVISA, criada pela Lei nº 9.782/1999, tem por finalidade promover a proteção da saúde da população, através do controle sanitário tanto da produção quanto da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle dos portos, aeroportos e fronteiras.

Trata-se de uma instituição-organismo do Direito Sanitário que compõe o Sistema Único de Saúde, competindo-lhe coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária. Constitui um órgão importante dentro do SUS, pois possui o poder de instituir normas gerais sobre as ações de vigilância sanitária no país, influenciando toda a normatização dos Estados e Municípios.

Já a ANS, criada pela Lei nº 9.961/2000, é um órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, isto é, de todas as instituições jurídicas de direito privado que não possuem relação jurídica de natureza obrigacional com o SUS. Essa assistência suplementar à saúde é aquela prestada exclusivamente pela iniciativa privada, em geral, aquelas que operam com seguros ou planos de saúde ou prestam serviços e ações privados de saúde.

Essas instituições de direito privado são submetidas diretamente ao Direito Sanitário, a exemplo das seguradoras, planos de saúde, clínicas privadas de saúde, laboratórios e hospitais privados de saúde. É tarefa da Lei 8.080/90 fixar as condições gerais para a participação da iniciativa privada na realização de ações e serviços de assistência à saúde.

A maioria dos doutrinadores entende também que a criação dos Conselhos de Saúde e das Conferências de Saúde, órgãos colegiados que contam com a participação da comunidade nas atividades do Sistema Único de Saúde, foi um importante passo para a consolidação do Direito Sanitário. Esses órgãos foram instituídos pela Lei Federal nº 8.142/90¹⁴⁵, que prescreve:

Art. 1º. O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I - a Conferência de Saúde; e II – o Conselho de Saúde.

O Conselho de Saúde é um órgão colegiado que tem em sua estrutura a participação de representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atuando na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde. Já a Conferência de Saúde tem por objetivo avaliar a situação da saúde e propor diretrizes para a formulação da política de saúde e das possíveis ações que podem ser realizadas, contando com a participação de profissionais de várias áreas.

Para Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos¹⁴⁶, o já mencionado art. 4º, da Lei nº 8.080/90 trouxe amplitude e relevância ao conceito e ao estado de saúde, uma vez que expressa as fundações mantidas pelo poder público como integrantes do SUS, inclusive aquelas destinadas ao controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, sangue e hemoderivados, além de equipamentos para a saúde.

O que se percebe é o cuidado que a Lei nº 8.080/90 teve em cercar todo e qualquer tipo de ação e serviço que diga respeito à proteção à saúde de instrumentos capazes de fazer com que o direito à saúde venha a ser respeitado e concretizado, inclusive inserindo os serviços de saúde prestados pelos hospitais penitenciários, Forças Armadas e universitários como integrantes do SUS. É o que esclarecem Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos¹⁴⁷:

(...) os serviços de saúde, ainda que não estejam formalmente subordinados ou vinculados às Secretarias Estaduais ou Municipais de Saúde, como os hospitais penitenciários (geralmente subordinados às Secretarias de Justiça ou de Segurança), os hospitais das Forças Armadas e os hospitais universitários, integram o SUS e, constitucional e legalmente, hão de submeter-se à direção única do SUS, no tocante à política de saúde. Não cabe aos SUS, entretanto, arcar com o financiamento dos hospitais das

¹⁴⁵ BRASIL. Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

¹⁴⁶ CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90)*. 4. ed. São Paulo: Editora da Unicamp, 2006. p. 49-50.

¹⁴⁷ CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90)*. 4. ed. São Paulo: Editora da Unicamp, 2006. p. 50.

Forças Armadas; quanto aos hospitais penitenciários, devem ser estabelecidos projetos e programas específicos (...)

Com relação aos hospitais universitários, referidos pelos autores acima, é de se destacar que o art. 45 da mencionada lei estabelece a sua integração no SUS através de um convênio, uma vez que essa integração não é automática, já que esses hospitais possuem autonomia de ensino e pesquisa, característica principal dessas instituições. Assim, não pode a assistência à saúde ultrapassar essa finalidade, precisando, sim, de um convênio para regular a integração.

O art. 45 dispõe que os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao Sistema Único de Saúde, devendo ser preservada a sua autonomia administrativa, no que se refere ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ensino, pesquisa e extensão, observando-se os limites dispostos pelas instituições a que são vinculados.

Por outro lado, é de se ressaltar o que dita o art. 198, da Constituição Federal, sobre a integração de todos os serviços públicos de saúde em uma rede regionalizada e hierarquizada. Neste caso, “se não houver convênio, a integração se dará sem ressalvas, respeitadas, sempre, as especificidades do hospital universitário, em razão de serem públicos os serviços de saúde dos hospitais universitários estatais, os quais não podem cobrar pelos serviços que prestam”¹⁴⁸.

No que se refere aos hospitais universitários privados, percebe-se que a Lei nº 8.080/90 trouxe uma parte específica sobre os serviços privados de assistência à saúde, o que aborda em seus arts. 20 a 26, com ênfase nesses serviços privados e também naqueles complementares. É o que dita o art. 24: “Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial a população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde – SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada”¹⁴⁹.

Observe-se o que falam Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos¹⁵⁰ sobre o assunto:

(...) Ao tratar do HUE privado em capítulo distinto do que tratou da participação complementar no SUS dos serviços privados, a LOS quis diferenciar a posição no SUS dos HUEs em relação às entidades privadas que podem participar, complementarmente, do sistema, incluídas as

¹⁴⁸ CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90)*. 4. ed. São Paulo: Editora da Unicamp, 2006. p. 51.

¹⁴⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. *Direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Brasil: legislação federal compilada- 1973 a 2006*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. p. 382.

¹⁵⁰ CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90)*. 4. ed. São Paulo: Editora da Unicamp, 2006. p. 51-52.

entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Por quê? Pelo fato de o HUE ser um hospital voltado para a formação de recursos humanos na área da saúde, atividade que se insere no âmbito das atribuições do SUS pela importância da integração docência-assistência. A relação SUS-HUE privado é, portanto, diferente da relação SUS-outras entidades privadas: tem por base a cooperação interinstitucional. Noutras palavras: a sua integração no SUS não tem por causa a insuficiência de serviços públicos, mas a necessidade de conjugação de esforços para a formação adequada de recursos humanos para o SUS e também a transferência de tecnologia para a área da saúde. Daí por que, antes de aceitar serviços complementares oferecidos pela iniciativa privada em geral, incluídas, aqui, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, e mesmo já contando, eventualmente, com o suprimento de leitos dessas outras entidades privadas, o SUS pode e deve buscar a cooperação dos HUEs (...)

Com efeito, o SUS deve se valer da cooperação dos órgãos públicos de serviços de saúde que estão vinculados ou subordinados a ele, antes de procurar a ajuda de entidades privadas também ligadas à saúde, mas que atuam apenas complementarmente, uma vez que, subtende-se que aqueles são munidos de instrumentos eficazes para se garantir a proteção e defesa do direito à saúde.

O mesmo acontece com os serviços de saúde das Forças Armadas, já que os serviços de saúde destinados àqueles que fazem parte dessa categoria, passam a integrar também o SUS, se mantidos com recursos públicos, o que, neste caso, não precisaria da afirmação de um convênio para a sua integralização.

Quanto aos serviços de saúde do servidor público, verifique-se o que elucidam Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos¹⁵¹:

- 1) o servidor público tem acesso igualitário e independentemente de qualquer contribuição aos serviços e ações de saúde executados pelo SUS;
- 2) os hospitais e serviços de saúde próprios de servidores públicos criados antes da Constituição de 1988 integram o SUS para todos os efeitos, devendo ser acessível à população em geral (artigo 45 da Lei nº 8.080/90);
- 3) a contribuição social cobrada de servidor público para o custeio de assistência à saúde em hospitais e serviços próprios não pode subsistir como tal; ou se agregará à contribuição social do servidor para sistema próprio de previdência social melhorando-o, ou deverá ser extinta.

Na verdade, a preocupação do legislador é justamente em disponibilizar a todos os indivíduos o direito à saúde, por ser considerado um direito de todos e de acesso universal e igualitário. Esse também é o objetivo do Sistema Único de Saúde, que está disciplinado no art. 5º, da Lei nº 8.080/90: identificar os fatores condicionantes e determinantes da saúde;

¹⁵¹ CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90)*. 4. ed. São Paulo: Editora da Unicamp, 2006. p. 56-57.

formular a política de saúde destinada a promover a observância do dever do Estado de garantir a saúde; formular e executar políticas econômicas e sociais; prestar assistência às pessoas por meio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, integrando as medidas assistenciais com as preventivas.

Tal dispositivo consagra o que determina o art. 196 da Constituição Federal, sobre o objetivo de reduzir os riscos de doenças e de outros agravos à saúde, bem como o de garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

O art. 200 da Constituição Federal também traz as atribuições do Sistema Único de Saúde, atribuições essas que não são taxativas ou exaustivas, uma vez que o próprio dispositivo estabelece que ao SUS compete, “além de outras atribuições, nos termos da lei” todas essas abaixo elencadas. Assim, podem outras existir, de acordo com a lei. Observe:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho¹⁵².

De acordo com Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos¹⁵³, o art. 6º, da Lei Orgânica da Saúde desdobrou o conteúdo do artigo constitucional acima descrito, definindo os assuntos de competência exclusiva do SUS e indicando os campos em que o SUS atua em colaboração ou participação com outros órgãos governamentais e também com o setor privado. Além disso, define vigilância sanitária, vigilância epidemiológica e saúde do trabalhador.

Observe-se o que esclarece Uadi Lammêgo Bulos¹⁵⁴ ao analisar as atribuições dispostas pela Constituição Federal ao SUS:

¹⁵² BRASIL. Vade Mecum. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 62.

¹⁵³ CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde* (Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90). 4. ed. São Paulo: Editora da Unicamp, 2006. p. 60-61.

¹⁵⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1298.

A competência do Sistema Único de Saúde (SUS) envolve tarefas normativas, fiscalizatórias e executivas, além de outras disciplinadas em lei ordinária. Dentro da amplitude de suas atribuições, compete-lhe toda a produção material e intelectual, direcionada à área de saúde, através da execução de ações (quais sejam, ordenar, participar, incrementar, fiscalizar e colaborar), que buscam preservar os direitos metaindividuais do homem, notadamente os difusos. Soma-se à saúde, o trabalho, seja pelo que representa em termos de realização pessoal, seja como condição de sobrevivência e tutela do meio ambiente. Incluem-se aí a habitação e a moradia, que tanto condicionam a vida em família, a segurança e a proteção. A necessidade de habitação justifica-se como condição indispensável à vida. Em conexão com a moradia, o saneamento básico representa o controle dos efeitos deletérios sobre o bem-estar físico e espiritual do homem.

Mas para que esses objetivos venham a ser concretizados, é necessário que se respeite os princípios constitucionais fundamentais, já vistos no capítulo anterior, que também se aplicam ao Sistema Único de Saúde, e ao Direito Sanitário como um todo, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da equidade.

A própria lei que trata do SUS estabelece, em seu art. 7^o¹⁵⁵, uma série de princípios que devem ser seguidos e respeitados em se tratando das ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde. Senão, observe:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração, em nível executivo, das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos,

¹⁵⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Brasil: legislação federal compilada- 1973 a 2006. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. p. 374.

materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Esse artigo faz uma referência importante ao art. 198, da Constituição Federal, indicando que se deve obedecer às diretrizes ali apontadas, quais sejam, descentralização (com direção única em cada esfera de governo), atendimento integral (abrangendo atividades assistenciais curativas e, prioritariamente, as atividades preventivas) e participação da comunidade (o exercício do controle social sobre as atividades e os serviços públicos de saúde).

Na verdade, compreende-se que caberá não só à União, Estados, Distrito Federal e Municípios praticar ações e executar serviços de saúde, mas também à sociedade. Trata-se, pois, de outro princípio que merece aqui atenção, que é o da regionalização, que nada mais é do que a descentralização das ações e serviços de saúde de acordo com a autonomia de cada ente federativo. Para Fernando Aith¹⁵⁶, essa descentralização política deve ser feita respeitando-se a autonomia de cada ente e a coordenação que se deve ter com os demais:

Em resumo, o fenômeno da descentralização do Estado se manifesta no SUS de duas formas: através da descentralização política, que estabelece os níveis de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, organizando a divisão de tarefas para o exercício da competência comum estabelecida pelo Art. 23, II, da Constituição Federal; e através da regionalização, que organiza regionalmente a atuação dos entes federativos, promovendo uma maior eficácia e eficiência no desenvolvimento das ações e serviços públicos de saúde. A regionalização do SUS pode adotar as características de descentralização administrativa, como prevê o art. 10 da Lei 8.080/90, que dispõe que “*os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam*” (...)

É importante esclarecer que qualquer que seja a ação ou o serviço a ser praticado em razão da proteção à saúde, mesmo sendo o Estado encarregado e obrigado a tomar as medidas necessárias para a proteção desse direito, a população não está isenta de também cuidar para que o direito à saúde seja respeitado. É o que bem afirma Fernando Aith¹⁵⁷:

¹⁵⁶ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 355.

¹⁵⁷ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 353.

Ao definir os objetivos do SUS, a Lei 8.080/90 lembra que o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. Significa dizer que, embora o Estado seja obrigado a tomar todas as medidas necessárias para a proteção do Direito à saúde da população, as pessoas também possuem responsabilidade sobre sua própria saúde e sobre a saúde do seu ambiente de vida, de sua família, de seus colegas de trabalho, enfim, todos têm a obrigação de adotar atitudes que protejam e promovam a saúde individual e coletiva, como a higiene, a alimentação equilibrada, a realização de exercícios etc.

Outro não poderia ser o entendimento, mesmo porque a própria lei que trata sobre o Sistema Único de Saúde disciplina que o dever do Estado de garantir a saúde de forma igualitária e universal não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. Portanto, a proteção à saúde depende não só do Estado, mas de toda a sociedade.

Independente da participação da comunidade na proteção e defesa do direito à saúde, o que se faz necessário verificar é que, se a própria Constituição Federal determina ser dever do Estado essa proteção, no caso da sua não-participação, o que se deve fazer? Quais os outros meios de efetivação do direito à saúde? É o que será analisado no capítulo seguinte.

CAPÍTULO III

MEIOS DE EFETIVAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

3.1. Considerações gerais

Do que foi até agora analisado, restou demonstrado que o direito fundamental social à saúde é pressuposto para a vida e dignidade de qualquer ser humano, bem como que o acesso universal ao serviço de saúde é de obrigação do Estado, garantido a todos os cidadãos por força de vários dispositivos constitucionais¹⁵⁸, sobretudo pelo artigo 196.

O direito à saúde, dessa maneira, exige do Estado prestações positivas para que seja garantido e efetivado, sob pena de sua ineficácia. Porém, é notório que o serviço de saúde pública brasileiro não é prestado de forma condigna pelo Poder Público, já que não vem tendo a devida efetivação almejada pelos preceitos constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria.

Ocorre que, na realidade, percebe-se um verdadeiro desrespeito à Carta Magna de 1988, pois a mesma afirma que a saúde é um direito social, público e subjetivo de todos e de obrigação do Estado.

Entretanto, observa-se que existem vários meios de garantia postos à disposição para a efetivação do direito à saúde, e basta que sejam seriamente colocados em prática para que o problema de sua efetivação venha a ser solucionado.

O próprio artigo 197, da Constituição Federal brasileira de 1988, preconiza que ao Estado, diretamente ou através de terceiros, cabe garantir a efetivação das ações e serviços de saúde, motivo pelo qual o objetivo agora é tratar de alguns dos meios ou instrumentos necessários à consecução do direito à saúde, tais como: políticas públicas; ações judiciais que obriguem o Estado a prestar o serviço de saúde, e o responsabilize pela má-prestação; a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário; e também a participação popular.

¹⁵⁸ Dentre os quais, destaca-se: arts. 5º, 6º, 7º, 21, 22, 23, 24, 30, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 216, 218, 220, 225, 227 e 230.

3.2. A necessidade de implementação de políticas públicas de saúde

Importante destacar que não é objetivo do presente trabalho o estudo delineado das políticas públicas de saúde, e sim o de enfatizá-las como sendo um dos meios necessários à efetivação do direito à saúde.

Inicialmente, não existe um conceito único e preciso de políticas públicas, havendo autores, a exemplo de Guilherme Amorim¹⁵⁹, que enfatizam o caráter redundante da expressão, argumentando que a política é essencialmente pública.

Maria Paula Dallari Bucci¹⁶⁰, aponta que as políticas públicas são programas de ação governamental que visam coordenar as atividades privadas e os meios postos à disposição do Estado, a fim de se alcançar a realização de objetivos sociais relevantes e politicamente determinados.

Em termos gerais, as políticas públicas podem ser entendidas como um conjunto de ações estatais voltadas a dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, observa-se que as políticas públicas são meios necessários à efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais, do direito à saúde, na medida em que de nada vale o reconhecimento formal de direitos se não são garantidos por instrumentos que venham a efetivá-los.

Dallari Bucci¹⁶¹, inclusive, chama a atenção para a necessidade de uma maior interpenetração entre as esferas jurídica e política, introduzindo-se no mundo do Direito Público o conceito de política pública como programa de ação, pois funcionam como programas para a realização de direitos. Informa, ainda, que a realização das políticas públicas deve respeitar os parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que os atos que constituem cada política pública sejam reconhecidos pelo Direito.

Sustentando a existência de interpenetração entre as esferas jurídica e política, conclui Rogério Gesta Leal¹⁶²:

¹⁵⁹ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004. p. 103.

¹⁶⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

¹⁶¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 252-258.

¹⁶² LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição - serafim: limites e possibilidades. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos* (organizadores, Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. tomo 6. p. 1529.

... quero sustentar que qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida Republicano, Democrático e Social que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é através de ações estatais absolutamente vinculadas / comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no país.

Assim, constata-se que o Direito orienta na produção das políticas públicas, sendo a Carta Magna de 1988 o mandamento jurídico brasileiro que veio ordenar a saúde como um direito de todos e de obrigação do Estado, estabelecendo que as políticas públicas sociais e econômicas são meios de se concretizar o conceito de saúde.

Nesse diapasão, destaca Ayton Paulos e Luiz Cordoni¹⁶³:

A Constituição Federal de 1988 deu nova forma à saúde no Brasil, estabelecendo-a como direito universal. A saúde passou a ser dever constitucional de todas as esferas de governo sendo que antes era apenas da União e relativo ao trabalhador segurado. O conceito de saúde foi ampliado e vinculado às políticas sociais e econômicas. A assistência é concebida de forma integral (preventiva e curativa).

O próprio artigo 196 da CF de 1988 determina que o Estado desenvolva políticas públicas sociais e econômicas voltadas à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso igualitário e gratuito aos serviços de saúde, independente de raça, cor, religião, opção sexual, ideologia e, principalmente, por motivos econômicos.

Nessa senda, não pode, por exemplo, ser válida uma lei que determine a distribuição de medicamentos apenas para as pessoas pobres, pois isso seria discriminatório e atentaria ao princípio constitucional da igualdade.

Gesta Leal¹⁶⁴ cita o caso da Lei Estadual gaúcha de nº 9.908/93, que determina ao Estado o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais às pessoas que não puderem arcar com as despesas do tratamento, sem privação do próprio sustento e da família. O autor afirma que a interpretação a ser dada é no sentido de que a mencionada lei garante o acesso de medicamentos para toda a sociedade gaúcha, não fazendo diferenciação entre os que possuem

¹⁶³ CORDONI JÚNIOR, Luiz; PAULOS JÚNIOR, Ayton. *Políticas públicas de saúde no Brasil*. Revista Espaço para a Saúde, Londrina, v.8, n.1, p.13-19, dez.2006. Disponível em: <http://www.ccs.uel.br/espacoparasaude/v8n1/v8n1_artigo_3.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2009.

¹⁶⁴ LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição - serafim: limites e possibilidades. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos* (organizadores, Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. tomo 6. p. 1531-1532.

essa ou aquela situação, o que seria vedado pelos princípios constitucionais da igualdade e impessoalidade vigentes.

Dessa forma, as políticas públicas devem assegurar a todos, inclusive ao estrangeiro que se encontre no território nacional, o acesso à saúde.

Vê-se, portanto, que as políticas públicas sociais e econômicas exprimem um dos principais instrumentos de efetivação da saúde, visto que se impostas e aplicadas pelo Estado de forma eficiente, e se assegurassem a efetivação da prestação sanitária, desnecessário seriam outras garantias, que só existem com a função de reparar a inércia estatal para com a saúde pública.

É de fundamental importância a comunicação das políticas públicas à sociedade, a fim de que se tornem ao máximo conhecidas por todos, pois, de acordo com Dallari Bucci¹⁶⁵, quanto mais se conhece o objeto da política pública, maior é a efetividade de um programa de ação governamental, principalmente no campo dos direitos sociais, como é o caso da saúde, em que as prestações estatais são resultado de um sistema complexo de estruturas organizacionais e recursos financeiros.

Várias são as políticas de saúde, a exemplo: da política nacional de medicamentos, de responsabilidade do SUS¹⁶⁶, conforme art. 6º, VI da lei federal nº. 8.080/90; de vigilância sanitária, saúde do trabalhador e da família (Programa de Saúde da Família – PSF), que também estão incluídas no campo de atuação do Sistema Único de Saúde. O Sistema Único de Saúde é um exemplo de política pública de saúde, tendo sua primeira previsão expressa no artigo 198 da Constituição Federal de 1988, sendo, posteriormente, efetivado pela lei nº. 8.080/90, conforme delineado no segundo capítulo.

Necessário frisar que as políticas de saúde podem ser de Estado ou de Governo. As políticas públicas de Estado têm como objetivos a organização das estruturas estatais, no intuito de que possua base estrutural mínima para a execução de políticas de promoção e proteção dos direitos fundamentais. Já as políticas públicas de Governo são aquelas que criam ações pontuais de promoção e proteção dos direitos fundamentais expressos na Carta Magna, utilizando-se, para tanto, das bases estruturais estatais já consolidadas pelas políticas públicas de Estado.

¹⁶⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 249.

¹⁶⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (org. Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006. p. 258.

Fernando Aith¹⁶⁷ estabelece a distinção entre políticas de saúde de Estado e de Governo, destacando que:

... Quando a política pública tiver como objetivos a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública, ela poderá ser considerada política de Estado. Dentro desse quadro, pode-se afirmar, ainda, que uma política de Estado quando voltada a estruturar o Estado para que este tenha as condições mínimas para a execução de políticas de promoção e proteção dos direitos humanos. Quando, de outro lado, os objetivos das políticas públicas forem de promover ações pontuais de proteção e promoção aos direitos humanos específicos expressos em nossa Carta, pode-se falar em política de governo... Exemplificando, políticas que visem à consolidação do Estado Democrático de Direito, tais como as políticas de organização estrutural dos poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), são políticas que devem ser consideradas políticas de Estado... uma política que busque implementar um Programa de Saúde da Família é uma política de governo, embora inserida no âmbito da consolidação do Sistema Único de Saúde. Isto porque este programa utiliza-se da rede de funcionários e profissionais já existentes no âmbito do Estado, isto é, utiliza-se da estrutura estatal já existente para ser desenvolvido...

Assim, o Sistema Único de Saúde constitui um exemplo de política pública de Estado, na medida em que o Poder Público desenvolve uma política de Estado voltada à organização de uma estrutura para que tenha as condições mínimas de execução de políticas de governo voltadas à promoção e proteção do direito fundamental social à saúde. Por sua vez, a política nacional de medicamentos, de vigilância sanitária, de saúde do trabalhador e da família seriam exemplos de políticas públicas de governo, pois são políticas pontuais, dotadas de maior especificidade, voltadas à garantia da saúde pública no país, onde, para tanto, utilizam-se da estrutura estatal já consolidada pelas políticas de Estado.

Também é fator de diferenciação, entre as políticas de Estado e de governo, a forma como se dá o financiamento, posto que, conforme enfatiza Fernando Aith¹⁶⁸, as políticas públicas de Estado são financiadas exclusivamente com recursos públicos, provindos dos impostos arrecadados pelo Poder Público, ao passo que as políticas públicas de governo podem contar com recursos privados para a sua efetivação, mas sempre com a regulação estatal.

¹⁶⁷ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (org. Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006. p. 235-236.

¹⁶⁸ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (org. Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006. p. 238.

E vários são os desafios atuais enfrentados pelo Estado para a concretização dessas políticas públicas de saúde, como, por exemplo, o desafio de se conseguir recursos financeiros suficientes para atender todas as demandas, sem contar que o Estado, muitas vezes, não dá a devida prioridade à execução das mencionadas políticas públicas, quando, na realidade, deveria dar prioridade às políticas voltadas para o conjunto de bens e utilidades básicas, a exemplo da saúde.

Maria Helena Diniz¹⁶⁹ entende que as políticas de saúde precisam ser baseadas na equidade, de maneira que “... os seres humanos devem ser tratados como únicos, de modo que os que tiverem maiores necessidades de saúde deverão ter direito à prestação de serviços diferenciados e adequados a cada situação”. Assim, pode-se dizer que o acesso à saúde deve ser universal e igualitário, mas sempre se observando a preferência de quem tem maiores necessidades.

Amélia Cohn¹⁷⁰ faz duas observações essenciais à efetivação das políticas públicas de saúde. A primeira delas é que não pode haver antinomias de interesses, de maneira que devem interagir os interesses, necessidades e demandas da população. A segunda é que não pode se pensar em políticas públicas sociais divididas entre políticas para pobres e outras para ricos, pois não podem ser discriminatórias, e delas todos devem ter acesso igualitário.

Entretanto, no que pesem os desafios e as dificuldades para a concretização das políticas públicas de saúde, faz-se imprescindível destacar o papel que as mesmas desempenham, sobretudo pelo fato de que são voltadas a ações necessárias que, uma vez concretizadas, resultaria na devida efetivação desse direito fundamental, tais como, ações voltadas: à construção de hospitais, para garantir o acesso à saúde; à organização de uma rede de saneamento, evitando contaminações pela água; ao desenvolvimento de um quadro de profissionais da saúde, a fim de garantir o atendimento eficaz à população; à distribuição de medicamentos, com vistas a assegurar, para todos, uma provisão de medicamentos seguros e de boa qualidade; etc.

Ressalte-se, portanto, que, para a efetivação do direito à saúde, não basta apenas partir do âmbito constitucional. É preciso se criar e se investir em políticas públicas de saúde, ampliando-se os gastos públicos em pessoal capacitado (médicos, enfermeiros, etc.), orientação, estrutura e, principalmente, em planejamento, pois sem planejamento não se chega a lugar algum.

¹⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 172.

¹⁷⁰ COHN, Amélia. O estudo das políticas de saúde: implicações e fatos. *Tratado de saúde coletiva* (organizadores. Gastão Wagner de Sousa Campos [et al]). São Paulo: Huciter; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006. p. 244-245.

Enfim, as políticas públicas de saúde são voltadas à prestação eficaz e segura do serviço de saúde no país, motivo pelo qual são necessárias à efetivação da saúde pública e, por isso, devem ser seriamente postas em prática e devidamente realizadas, sempre em consonância com o ordenamento jurídico vigente e em benefício dos interesses comuns da sociedade e do desenvolvimento econômico e social da nação.

3.3. O Poder Judiciário como instância de efetivação

Está consagrado na Constituição Federal brasileira que o Poder Judiciário integra um dos poderes que regulam e organizam o Estado Democrático de Direito, juntamente com os poderes Executivo e Legislativo, autônomos e independentes entre si, cada um com a sua função específica, quais sejam, a de julgar, administrar e fazer leis, respectivamente, exercendo o Estado as funções jurisdicional, legislativa e administrativa.

A função de julgar do Poder Judiciário é uma função que lhe é própria, pois é a ele que cabe resolver ou dirimir os conflitos de interesses que lhe são levados através da manifestação das partes ao pedir pelo provimento jurisdicional. É com base nos casos concretos e na lei aplicável a cada caso que o magistrado ou juiz vai julgar as causas, colocando o seu posicionamento sobre uma infinidade de assuntos.

É o que descreve Marcelo Novelino¹⁷¹. Observe:

A função típica do Poder Judiciário consiste no exercício da jurisdição (*juris dicere*), atividade pela qual o Estado substitui as partes em conflito para dizer quem tem o direito (caráter substitutivo). A *definitividade* é o traço marcante da jurisdição, uma vez que as soluções de litígios pela Administração não são definitivas (art. 5.º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito).

Na verdade, cabe ao Poder Judiciário dirimir os conflitos de interesses que surgem e que são levados a seu conhecimento, aplicando, para tanto, as leis existentes no ordenamento jurídico a cada caso concreto, terminando por compor o litígio apresentado, resolvendo a demanda. Aqui é importante enfatizar o papel do magistrado como aquele que tem em suas mãos os instrumentos necessários para se buscar e efetivar a justiça e o bem comum, que são objetivos primordiais de qualquer direito.

¹⁷¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 602.

Para Uadi Lammêgo Bulos¹⁷², o Poder Judiciário, além de administrar a justiça, constitui-se como o “oráculo da Constituição”, ou seja, é o guardião das leis. É por isso que todos aqueles que fazem parte de sua estrutura, juízes e Tribunais, têm o dever de respeitar as normas constitucionais e os direitos fundamentais, pois “o Judiciário, nos moldes do Texto de 1988, é um poder autônomo, de enorme significado no panorama constitucional das liberdades públicas”.

Com efeito, a jurisdição constitui uma das mais importantes funções do Estado. É através dela que o Estado vai poder buscar a resolução do conflito. É o que acontece quando uma pessoa, insatisfeita com algo ou alguém, procura o Judiciário para que ele pacifique o litígio existente, ou seja, a pretensão resistida que não foi resolvida pelo causador da insatisfação.

Não é por menos que a petição inicial e a sentença são consideradas as partes mais importantes de um processo, uma vez que a petição é o meio de comunicação das partes com o juiz, levando a seu conhecimento o conflito de interesses, manifestando o seu direito de ação ao se sentir violado em algum de seus direitos, e a sentença, por sua vez, é a parte em que o magistrado vai decidir, dirimir, resolver o conflito.

Acontece que o Judiciário não tem apenas essa função típica de julgar, pois ele também exercita a função legislativa quando elabora seu Regimento Interno, por exemplo, e a função administrativa, quando organiza o seu próprio quadro de pessoal. É o que Pedro Lenza¹⁷³ chama de funções atípicas ou impróprias desse Poder:

Como já pudemos observar, o Poder Judiciário tem por função típica a jurisdicional, inerente à sua natureza. Exerce, ainda, funções atípicas, de natureza executivo-administrativa (organização de suas secretarias – art. 96, I, “b”); a concessão de licença e férias a seus membros, juízes e servidores imediatamente vinculados – art. 96, I, “f”), bem como funções atípicas de natureza legislativa (elaboração do regimento interno – art. 96, I, “a”).

Para Uadi Lammêgo Bulos¹⁷⁴, o Judiciário, conforme descrito na Carta Magna, é um poder autônomo, independente e imparcial, constituindo-se como garantia dos cidadãos, porque a ele incumbe “consolidar princípios supremos e direitos fundamentais, imprescindíveis à certeza e segurança das relações jurídicas”.

Pelo que se observa do entendimento exposto pelo autor, o Judiciário constitui um dos instrumentos essenciais para a concretização de um Estado Democrático de Direito, fazendo

¹⁷² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1041.

¹⁷³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 495.

¹⁷⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 474.

com que a sociedade possa ter confiança nas suas ações ao exercer a jurisdição, já que ele é encarregado de consolidar os princípios fundamentais constitucionais que regem o ordenamento jurídico.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁷⁵ estabelece que o Poder Judiciário tem a missão de proteger os direitos individuais e fundamentais. Mas, segundo o autor, é preciso lembrar que para a concretização dessa função, duas condições básicas se apresentam: que o Judiciário seja chamado a intervir por um legítimo interessado e que exista um litígio, isto é, uma pretensão contrariada.

Zulmar Fachin¹⁷⁶, analisando a função desse Poder Judiciário, traz o posicionamento de alguns doutrinadores sobre o alargamento das funções, o que nos remete a afirmar, novamente, que o Judiciário não tem apenas a função de julgar, ou seja, de aplicar a lei aos casos concretos, solucionando o conflito. Observe:

O alargamento das funções do Poder Judiciário, visível nas últimas décadas, exige do estudioso um novo olhar. Eugenio Raúl Zaffaroni identifica três funções do Poder Judiciário contemporâneo: decidir os conflitos, controlar a constitucionalidade das leis e realizar seu autogoverno. Luiz Flávio Gomes, por seu turno, amplia o leque, afirmando serem cinco as funções do Poder Judiciário: a) aplicar contenciosamente a lei aos casos concretos; b) controlar os demais poderes; c) realizar seu autogoverno; d) concretizar os direitos fundamentais; e) garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito. Tais funções estão relacionadas à construção de um modelo democrático e independente de Poder Judiciário.

Não importa aqui a função a que está submetido o Poder Judiciário, mas sim o que ele representa para a efetivação do direito à saúde, posto que este exige prestações positivas do Estado para garantir o respeito à saúde de toda a sociedade, individual ou coletivamente, pois, como já foi visto, a saúde é considerada direito de todos e dever do Estado, o que proclama o seu respeito através da efetivação de políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, como disciplina o art. 196, da Constituição Federal.

Na verdade, o que interessa é a importância do Poder Judiciário para garantir o direito à saúde com base nos casos concretos que vão surgindo, principalmente, quando se verifica a omissão do Estado na prestação dos serviços de saúde, direito fundamental social de todos e

¹⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 121.

¹⁷⁶ FACHIN, Zulmar. *Funções do Poder Judiciário: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

que deve ser cumprido pelo Estado, de forma igualitária e gratuita. É o que se observa quando qualquer cidadão, que não foi atendido pelo poder estatal, tem o direito de recorrer à justiça para resolver o seu conflito de interesses.

Não se pode mais negar, diante de tudo que já foi dito, todos têm o direito a condições mínimas de saúde, pois se trata de direito fundamental social. E é certo também que o Poder Judiciário, em obediência aos princípios constitucionais, pode e deve controlar a efetivação desses direitos mínimos. É o que entende Cesar A. Guimarães Pereira¹⁷⁷, ao afirmar que a concretização dos direitos fundamentais é aferível pelo Judiciário sob o ângulo da implementação razoável das políticas públicas e que ele deve assegurar aos usuários do serviço de saúde acesso às informações e aos procedimentos necessários para o exercício dos direitos fundamentais.

Neste caso, não se pode concluir que o Poder Judiciário, ao controlar essas políticas públicas, esteja interferindo nas funções dos demais Poderes, tendo em vista que o Judiciário está apenas defendendo e cumprindo os ditames constitucionais, ou seja, respeitando a Constituição Federal, especificamente, o seu art. 5º, XXXV, que diz que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

É o que também esclarece Américo Bedê Freire Júnior¹⁷⁸, ao analisar o referido artigo da Carta Magna, afirmando que a interpretação desse artigo 5º leva a considerar que as leis e os atos dos Poderes Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle, devendo o Poder Judiciário apreciá-los no caso de omissão dos referidos Poderes.

Não poderia ser diferente o posicionamento do autor, tendo em vista que o Poder Judiciário tem também a função de “controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais”, passando o juiz a “integrar o circuito de negociação coletiva”, onde tem “função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva”¹⁷⁹.

Com efeito, o Poder Judiciário se mostra legítimo para efetivar e implementar as já comentadas políticas públicas, principalmente, no caso de inércia dos demais poderes, isto é, no caso de omissão ou mesmo falta de eficiência na prestação dos serviços de saúde. Além do mais, o Estado tem a obrigação de criar mecanismos de efetivação para a concretização

¹⁷⁷ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 329-330.

¹⁷⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas pública*. Coleção Temas Fundamentais de Direito. V. 1. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (Coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71.

¹⁷⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. José Eduardo Faria (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 49.

dessas políticas públicas. Para Marcos Alexandre B, Wanderley de Queiroga¹⁸⁰, o Estado também deve permitir a busca perante a justiça da efetivação dos mandamentos constitucionais. Observe:

Essa efetivação é possível porque as políticas públicas constitucionais acham-se fundadas em normas do texto magno, cuja aplicação é direta e imediata. São, portanto, exigíveis segundo a melhor interpretação. Por outro lado, a democracia consolida-se com a redescoberta da cidadania, sobretudo na conscientização dos direitos por parte da população. Surgem mecanismos processuais e constitucionais de acesso à justiça, em vários níveis de proteção, desde o individual, passando pelo coletivo e pelo difuso, acompanhando as necessidades do mundo cada vez mais globalizado. Há ascensão institucional do Poder Judiciário, do Ministério Público e de organismos de proteção. Diante dessas circunstâncias, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, que, como o próprio nome diz, baseia-se no poder do povo e nas regras jurídicas, existe o ambiente propício à judicialização das políticas públicas, como instrumento para o alcance efetivo da dignidade da pessoa humana.

Hewerston Humenhuk¹⁸¹ entende que a atuação do Poder Judiciário vem após a não-atuação do Estado junto à prestação dos serviços de saúde, uma vez que ele tem prerrogativa constitucional para garantir o direito à saúde e corrigir as falhas e as desigualdades porventura ocorridas nessa prestação, fazendo valer os dispositivos constitucionais e efetivando o referido direito.

Os Tribunais também vêm se posicionando no sentido de atribuir ao Poder Judiciário a função de controlar as políticas públicas, quando os demais Poderes se mostrarem inertes:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da

¹⁸⁰ QUEIROGA, Marcos Alexandre B. Wanderley de. O controle judicial das políticas públicas e o papel do Ministério Público. *Revista Jurídica do Ministério Público*. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. João Pessoa: MP/PGJPB, CEAF, ano 1, n. 1, jan./jun. 2007. p. 288-289.

¹⁸¹ HUMENHUK, Hewerston. *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 25 set. 2009.

Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”¹⁸².

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

(...)

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. (Grifo nosso).

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser

¹⁸² BRASIL. RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO. ADPF 45 MC/DF.

assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido¹⁸³.

Como se pode perceber, o Poder Judiciário se torna imprescindível no sentido de garantir o direito à saúde, que é direito de todos e dever estatal, no caso da omissão do Estado. Assim, qualquer cidadão que se sentir violado em seu direito, no que se refere à prestação efetiva da saúde, pode e deve recorrer ao Judiciário para pedir a sua prestação jurisdicional ou para exigir se cumpra os preceitos constitucionais.

3.4. Ações judiciais em face do Estado X O princípio da “reserva do possível”

Visto que o Poder Público tem a obrigação constitucional e infraconstitucional de prestar o serviço de saúde aos que dele necessitem, faz-se necessário ressaltar que existem mecanismos judiciais aptos a obrigar e responsabilizar o Estado pela prestação deficiente do mencionado serviço, a exemplo das ações judiciais de obrigação de fazer, mandado de segurança e de responsabilização civil. Desta forma, estes mecanismos também funcionam como meios de efetivação do direito à saúde.

Importante destacar que os instrumentos judiciais acima mencionados podem ser manejados em face de qualquer um dos entes federados, pois a CF de 1988 estabelece, no artigo 23, II, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde. Assim, por existir um Sistema Único de Saúde, financiado pelas quatro pessoas integrantes de nossa Federação, são todas elas competentes para figurar no pólo passivo das ações judiciais a seguir analisadas, pois existe a responsabilidade solidária dos entes federados.

3.4.1. Ação de obrigação e mandado de segurança em face do Estado omissor

A partir do momento em que a saúde é considerada, pela nossa Carta Magna de 1988, um direito de todos e de obrigação do Estado, nasce um direito público subjetivo, passível de efetivação pela via judicial da ação de obrigação em face do Poder Público.

¹⁸³ BRASIL. REsp 1041197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009.

O instituto da obrigação é uma relação jurídica que se forma entre dois ou mais sujeitos, onde um deles (credor) tem o direito subjetivo de exigir do outro (devedor) a realização da prestação a este incumbida por vontade legal ou humana, prestação essa que pode ser de dar, fazer ou não-fazer.

Fica, dessa forma, o devedor obrigado a uma prestação para atender o direito do credor, podendo a prestação ser: de entrega de uma coisa, objeto da prestação, quando então será uma obrigação de dar; ou de realizar uma atividade lícita, quando será uma obrigação de fazer; e, por último, poderá ser uma prestação de abstenção ou omissão do devedor, caso em que a obrigação será de não-fazer.

Necessário frisar que as obrigações podem decorrer ou da vontade humana – como é o caso daquelas nascidas de um contrato, onde as partes conjugam vontades no sentido de uma se obrigar para com a outra, bem como no caso da promessa de recompensa e dos títulos ao portador, nesses casos em razão da manifestação unilateral de vontade – ou da vontade legal¹⁸⁴, quando a própria lei determina a obrigação de um sujeito para com outro, sendo esta a fonte da obrigação existente entre o Poder Público e a sociedade, nos casos que envolvem o fornecimento de medicamentos e a prestação do serviço de saúde.

No campo da relação formada entre o Poder Público e as pessoas que necessitam da prestação do serviço público de saúde, tem-se que o Estado é o devedor de uma conduta positiva, no sentido da prestação de dar ou fazer. Assim, faz-se imprescindível a análise da efetivação do direito à saúde pela via judicial da ação de obrigação de dar e de fazer.

Obrigação de dar porque o Estado também está obrigado para com o fornecimento de medicamentos, e de fazer pelo fato de ser o devedor da prestação de um serviço de saúde digno e eficaz.

Com relação ao fornecimento gratuito de medicamentos pelo Poder Público, robusta é a legislação constitucional e infraconstitucional que tratam da matéria.

É que, inicialmente, observa-se que a Carta Magna de 1988, em seu artigo 198, inciso II, estabelece que as ações e serviços públicos de saúde devem ter como diretriz o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Ainda, no mesmo sentido, expressa em seu artigo 199 que: “As ações e serviços públicos estaduais, juntamente com os federais e municipais de saúde, integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem sistema único descentralizado, com direção

¹⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. V. 2: teoria geral das obrigações. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40-44.

em cada esfera de governo, atendendo, prioritariamente, às atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

Posteriormente, veio a Lei Federal nº 8.080/90, já tratada no segundo capítulo do presente trabalho, que, seguindo a orientação constitucional, incluiu no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (artigo 6º, inciso I, alínea “d”), e, ainda, as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que o integram serão desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da CF, obedecendo, dentre outras, a integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema (artigo 7º, inciso II).

Existe, ainda, a Portaria n.º 3.916, de 30 de Outubro de 1998, a qual é responsável pela aprovação da Política Nacional de Medicamentos, que se propõe a garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais, estabelecendo as prioridades e as responsabilidades dos gestores do Sistema Único de Saúde - SUS - na sua efetivação.

E a jurisprudência só vem confirmar a legitimidade da proposição da ação de obrigação de fornecimento de medicamentos em face do Poder Público:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUS. SÚMULAS 211/STJ E 284/STF. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE DA UNIÃO. Aplicável a Súmula 211/STJ quando a Corte de origem, embora provocada por embargos de declaração, não se pronuncia sobre as teses desenvolvidas no recurso especial. Cabível a Súmula 284/STF se o recorrente, ao apontar violação do art.535 do CPC, não indica com precisão e clareza as teses sobre as quais o Tribunal a quo teria sido omissis. O funcionamento do Sistema Único de Saúde-SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Recurso especial conhecido em parte e improvido.¹⁸⁵

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA QUE VISA A GARANTIR O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 3º DA LEI 10.259/2001. LITISCONSÓRCIO PASSIVO ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS.

¹⁸⁵ STJ. RESP 878080 / SC (2006/0182843-0). Relatora: Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento: 07.11.2006. Data da Publicação/Fonte: DJ de 20.11.2006.

INTERPRETAÇÃO AMPLA DO ART. 6º, II, DA LEI 10.259/2001.
COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. (...).¹⁸⁶

Existe, também, a possibilidade da proposição da ação de obrigação de fazer contra o Poder Público, para o fim de forçá-lo a realizar, por exemplo, algum procedimento cirúrgico, exame clínico ou mesmo uma internação hospitalar em ambulatórios ou em Unidades de Terapia Intensiva (UTI). Isso porque o Poder Público, conforme toda fundamentação legal abordada, figura na categoria de devedor da prestação de um serviço de saúde digno e eficaz. Veja-se:

ECA. DIREITO DO ADOLESCENTE À SAÚDE. INTERNAÇÃO HOSPITALAR PSIQUIÁTRICA. OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE FORNECÊ-LO. 1. Os entes públicos têm o dever de fornecer gratuitamente o tratamento de que necessita pessoa menor, cuja família não tem condições de custear. 2. A responsabilidade dos entes públicos é solidária e há exigência de atuação integrada do poder público como um todo, isto é, União, Estados e Municípios para garantir o direito à saúde. Inteligência do art. 196 da CF e art. 11, §2º, do ECA. 3. Devem ser observados os critérios determinantes da divisão de competência para o atendimento do SUS, de forma a garantir a melhor utilização dos recursos, sem a oneração indevida de um ente público, quando o fornecimento de determinado serviço ou de determinado fármaco for atribuição de outro, a partir da competência preestabelecida. 4. Sendo do Estado a obrigação de fornecer a internação em hospital psiquiátrico, que é atendimento de maior complexidade, não constando na lista de atendimento básico, de competência do Município, impõe-se reconhecer a sua ilegitimidade passiva. Recurso provido.¹⁸⁷ (SEGREDO DE JUSTIÇA).

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. SAÚDE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. RECÉM-NASCIDO. UTI NEONATAL. INEXISTÊNCIA DO SERVIÇO NA REDE PÚBLICA. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR SOB A RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO.

1 - "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício". (Art. 2º, Lei nº [8.080/90](#)).

¹⁸⁶ STJ. CC 102018 / SC. Conflito de Competência 2008/0277453-0. Relator: Ministro Herman Benjamin (1132). Órgão Julgador: S1 – Primeira Sessão. Data do Julgamento: 11.03.2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 23.03.2009.

¹⁸⁷ TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70023050545, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/03/2008.

2 - Não dispondo os hospitais públicos do serviço de UTI Neonatal, o atendimento deverá ser efetuado em hospital particular sob a responsabilidade do poder público estadual ou municipal.- Apelo Improvido. Unanimidade.¹⁸⁸

Assim, conforme demonstrado, inexistente qualquer dúvida de ser dever do Estado o fornecimento gratuito de medicamentos e a prestação digna do serviço de saúde aos usuários do Sistema Único de Saúde, sendo, portanto, a ação de obrigação de dar e de fazer, proposta pelo cidadão em face do Poder Público, um instrumento judicial de efetivação do direito à saúde, na medida em que é meio hábil a assegurar o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e hospitalar.

O direito à saúde também é passível de efetivação pela via judicial do remédio constitucional do mandado de segurança em face do Poder Público. Trata-se de um remédio constitucional que, nos termos do art. 5º, LXIX da CF/88, é concedido no intuito de se proteger direito líquido e certo desrespeitado por ilegalidade ou abuso de poder praticados, tanto por ação como por omissão, por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, e sempre nos casos não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Dessa forma, constata-se que existe um remédio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica para a proteção de direito, individual ou coletivo, líquido e certo.

Uma característica procedimental do mandado de segurança é que não admite instrução probatória, devendo as situações e fatos ser provados de plano, e isto em razão de tutelar direito líquido e certo, sobre o qual não caiba qualquer discussão sobre a sua existência.

O acesso à saúde é um direito líquido e certo, pois a Constituição Federal de 1988 protege tanto o direito à vida (art. 5º, caput) como o direito à saúde (art. 6º), bem como prescreve que compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cuidar da saúde (art. 23, II). De mais a mais, a Carta Magna atual garante, conforme já delineado, a universalidade da cobertura e do atendimento à saúde pelo Poder Público (art. 194, parágrafo único, I), bem como dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196), garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e

¹⁸⁸ TJMA - Apelação Cível: AC 192972002 MA Relator(a): Raimundo Freire Cutrim. Julgamento: 26/12/2002. Órgão Julgador: IMPERATRIZ.

de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Portanto, é um remédio que pode ser impetrado em face do Poder Público quando o objetivo for o de assegurar a efetivação do acesso à saúde, pois, conforme já bastante demonstrado, trata-se de um direito público subjetivo, líquido e certo, de todos, e de obrigação do Estado. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO - MOLÉSTIA GRAVE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO – MATÉRIA FÁTICA DEPENDENTE DE PROVA.

1. Esta Corte tem reconhecido aos portadores de moléstias graves, sem disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade. Precedentes. 2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, caput) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a "universalidade da cobertura e do atendimento" (art. 194, parágrafo único, I). 3. A Carta Magna também dispõe que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196), sendo que o "atendimento integral" é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art. 198). 4. O direito assim reconhecido não alcança a possibilidade de escolher o paciente o medicamento que mais se adeque ao seu tratamento. 5. In casu, oferecido pelo SUS uma segunda opção de medicamento substitutivo, pleiteia o impetrante fornecimento de medicamento de que não dispõe o SUS, sem descartar em prova circunstanciada a imprestabilidade da opção ofertada. 6. Recurso ordinário improvido.¹⁸⁹

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ART. 196 DA CF. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO GRATUITO DE EQUIPAMENTO INDISPENSÁVEL À MANUTENÇÃO DA VIDA DO PACIENTE. ATO OMISSIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO, NA FORMA DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC.¹⁹⁰

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. MANUTENÇÃO DE PARTICULAR EM CASA DE SAÚDE. LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO. ACÓRDÃO COM APOIO

¹⁸⁹ STJ. RMS 28338 / MG (2008/0264294-1). Relatora: Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento: 02.06.2009. Data da Publicação/Fonte: DJe de 17.06.2009.

¹⁹⁰ TJRJ. Apelação / Reexame Necessário n.º 2008.227.00275, Sétima Câmara Cível. Relator: Dês. André Andrade. Data do Julgamento: 20.02.2009.

EM FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL.
COMPETÊNCIA DO STF. (...).¹⁹¹

REEXAME NECESSÁRIO. CIRURGIA DE URGÊNCIA. GARANTIA
CONSTITUCIONAL À SAÚDE. (...) deve o Poder Público, comprovada a
urgência e o perigo de dano, realizar a intervenção cirúrgica de que
necessita o paciente. Em reexame, conhecido de ofício, confirmar a
sentença e conceder a ordem de segurança. Prejudicado o recurso de
apelação.¹⁹²

Dessa maneira, percebe-se que o mandado de segurança também pode ser utilizado para forçar o Poder Público a prestar o serviço de saúde, sendo, inclusive, muito utilizado nos casos de fornecimento de medicamentos, tendo em vista ser um remédio constitucional que tem o objetivo de proteger direito líquido e certo desrespeitado por ato, comissivo ou omissivo, de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, servido, assim, como um meio judicial de efetivação do direito à saúde.

3.4.2. Responsabilização civil do Estado pela má-prestação do serviço de saúde

A responsabilização do Estado não deixa de ser um meio de efetivação do direito à saúde, pois termina por condená-lo em indenizar o usuário do serviço de saúde prestado deficientemente e, com este montante recebido, o lesado consegue melhor acesso à saúde, na medida em que é indenizado tanto materialmente como moralmente pelos prejuízos sofridos. Evidente que nos casos em que o Estado prestar o serviço de saúde de forma deficiente e isso vier a gerar a morte do prejudicado, a responsabilização daquele não trará de volta a vida do usuário, não sendo, neste particular, considerada um meio de efetivação do direito à saúde, vez que este pressupõe a vida.

E sendo considerada um instrumento de efetivação do direito à saúde, oportuno é destacar a natureza jurídica e a função da responsabilidade civil.

Tomando-se como base o ato ilícito para a caracterização da responsabilidade civil, não é difícil compreender qual seria a conseqüência advinda da prática desse ato, já que o ato

¹⁹¹ STJ. AgRg no RESP 1084237 / RJ (2008/0187075-4). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento: 17.02.2009. Data da Publicação/Fonte: DJe de 17.03.2009.

¹⁹² TJMG. Remessa Necessária e Apelação Cível nº 1.0024.08.983692-8/001. Relatora: Exm^a. SR^a. Des^a. Albergária Costa. Terceira Câmara Cível. Data do Julgamento: 04.12.2008. Data da Publicação: 27.01.2009.

ilícito é aquele cometido em desconformidade com o ordenamento jurídico, ou seja, é a transgressão de um dever jurídico.

E por ser um ato praticado em desacordo com o ordenamento jurídico, outra não seria a consequência desse ato, senão a aplicação de sanção. Para Eduardo Garcia Maynez¹⁹³, a sanção seria a consequência jurídica que o não-cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado. Sendo assim, seja qual for a responsabilidade, civil ou criminal, a sua natureza será sancionadora.

Nessa senda, em se compreendendo a natureza jurídica da responsabilidade civil, depreende-se que ela pode apresentar três funções distintas: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e de desmotivação social da conduta lesiva. Na primeira, vê-se o objetivo básico e a finalidade da reparação civil, qual seja, o ressarcimento da vítima, com o pagamento de uma indenização equivalente ao valor do bem material ou compensatória do direito não redutível pecuniariamente. Quanto à segunda, visa persuadir o ofensor a não mais lesionar. E a terceira revela o cunho socioeducativo da reparação civil, uma vez que, em havendo uma punição ao responsável pelo ato ilícito causador de dano à vítima, o Estado é persuadido, indiretamente, a não proceder daquele modo, restabelecendo-se, dessa maneira, o equilíbrio e a segurança almejados pelo Direito.

Importante destacar que o instituto da responsabilidade civil é uma constante evolução histórica, partindo-se desde a simples idéia de responsabilidade até se chegar ao instituto jurídico da responsabilidade civil, em seu âmbito subjetivo e objetivo.

É que a noção de responsabilidade encontra-se presente desde os tempos mais remotos. Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves¹⁹⁴, nos primórdios da humanidade não havia regras nem limitações, bem como não se cogitava do fator “culpa”. Era uma época em que a vingança privada dominava sobre o Direito, imperando a conhecida Lei de Talião – do “olho por olho, dente por dente” – como forma de responsabilização pelo dano causado.

Num estágio adiante – como pode ser encontrado no Código de Hamurabi, no Código de Manu e na Lei das XII Tábuas –, onde ainda não se cogita sobre a culpa, verifica-se que a vingança privada foi substituída pela composição econômica e tarifada, onde o ofensor pagava um determinado valor pelo dano provocado.

Porém, foi com a evolução do Direito Romano que obtivemos subsídios para a responsabilidade civil, pois passou a adotar a idéia de culpa como fundamento da responsabilidade, estabelecendo a responsabilidade extracontratual, em que o patrimônio do

¹⁹³ MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*. 4. ed. México: Porrúa, 1951. p. 284.

¹⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 04.

causador do dano deveria arcar com o prejuízo verificado pelo lesado. A noção de culpa acabou por deitar suas raízes na *Lex Aquilia*, a qual tinha como princípio a idéia de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.

Nos tempos modernos, tem-se que seria o Código Civil Francês de 1804 a primeira codificação a recepcionar as idéias romanísticas, o qual acrescentou, entretanto, contribuições que enriqueceram e consolidaram para sempre a idéia de responsabilidade civil conhecida por nós e por todo o mundo atualmente.

Com o progresso econômico e a multiplicação dos danos, a realidade tem procurado fundamentar a responsabilidade civil não só na idéia de culpa, mas também na idéia de reparação independentemente da existência de culpa.

É o que acontece no direito brasileiro que, num primeiro momento (a exemplo do preconizado no CC de 1916, art. 159) adotava a responsabilização com base na culpa (teoria subjetiva), mas, hoje (a exemplo do preconizado no CC de 2002, artigos 186 e 927; e na CF de 1988, art. 37, §6º), apesar de manter o princípio da responsabilidade com base na idéia de culpa, adotou também a teoria da responsabilidade objetiva, que independe de culpa para ser evidenciada.

No tocante às teorias que explicam a responsabilidade civil do Estado, percorre-se uma evolução que vai desde a total irresponsabilidade do Estado pelos danos praticados (teoria da irresponsabilidade, que perdurou até a metade do século XIX), evoluindo-se para a responsabilidade decorrente da culpa (teoria da culpa civil, expandindo-se na segunda metade do século XIX e se estendendo até a segunda do século XX), chegando-se à teoria do risco administrativo¹⁹⁵, ou teoria da responsabilidade objetiva, que é a regra do artigo 37, §6º da CF de 1988, onde o Estado responde, objetivamente, pelos danos provocados por seus agentes, admitindo-se, no entanto, as causas excludentes da responsabilidade estatal.¹⁹⁶

Do art. 15 do Código Civil de 1916 às Cartas de 1946 e 1967, já se cuidou da responsabilidade objetiva do Estado.

A Constituição Federal de 1988, no § 6.º do artigo 37, prescreve: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos

¹⁹⁵ Existe também a teoria do risco integral. É uma corrente de alguns adeptos, a exemplo de Mário Masagão, que não possui sustentação prática, pois o Estado não subsistiria, já que seu custo ficaria insuportável. Prega que o Estado deve responder por qualquer dano dentro da esfera de serviços prestados pelo mesmo, não se admitindo quaisquer excludentes de responsabilidade, de maneira que o Estado deveria responder por todo e qualquer dano, ainda que decorrente de dolo ou culpa da vítima, caso fortuito ou força maior, ou mesmo por ato de terceiro.

¹⁹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 355-358.

responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa”.

Como se observa, o legislador constituinte assumiu um posicionamento diferente das teorias antigas sobre a responsabilidade em matéria de direito público.

Dessa maneira, no que pertine à responsabilidade civil do Estado propriamente dita, para que se consolide a pretensão ressarcitória contra o ente estatal, é necessária a presença dos seguintes pressupostos: o evento danoso; o nexo de causalidade; a qualidade de funcionário público na prática do ato.

Quanto à definição da condição de “funcionário”, como praticante do ato e causador do dano, não importa o nível ou a importância do servidor. O que interessa é que ele esteja ali como representante do poder público, seja na qualidade de integrante dos seus quadros, seja como mero colaborador ou executor de uma atividade pública.

Para José Antônio Lomonaco e Flávia Vanini Martins Martori¹⁹⁷, é possível a responsabilização da Administração Pública para a reparação dos danos causados aos particulares, independentemente de que sejam praticados por seus agentes diretos ou por entidades privadas no exercício de função pública, ou ainda por permissão ou por concessão.

Nessa matéria, é importante também elencar as excludentes da responsabilidade civil do Estado. Esta poderá ser elidida quando surgirem determinadas situações, capazes de excluir o nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o dano causado. São elas: a força maior, o caso fortuito, o estado de necessidade e a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

A força maior decorre de um fenômeno da natureza, ou seja, de um acontecimento imprevisível, inevitável ou estranho ao comportamento humano, a exemplo de raio, tempestade, terremoto, etc. Diante desses fatos, o Estado não pode ser responsabilizado pelas causas determinantes de tais fenômenos, o que justifica a elisão de sua obrigação de indenizar eventuais danos. Todavia, caso o Estado deixe de realizar uma obra considerada indispensável, a exemplo da construção de um Hospital Público, e sobrevenha fenômeno natural que cause danos a particulares pela falta daquela obra, o poder público será o responsável pela reparação de tais prejuízos. Nesse caso, estará presente o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o dano, ou seja, estará caracterizada a conduta omissiva do Estado.

Uma observação há que ser feita no tocante à responsabilidade civil do Estado por atos omissivos. Existe divergência doutrinária, pois parte da doutrina entende que, nos casos

¹⁹⁷ LOMONACO, José Antônio; MARTORI, Flávia Vanini Martins. Responsabilidade civil do Estado por ato ilícito. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, jul-ago. 2000. v. 6. p. 140.

omissivos, a responsabilidade civil do Estado deve ser apurada subjetivamente, havendo a necessidade de ser provada a culpa do agente público. Entretanto, conforme aponta Felipe Braga¹⁹⁸, a doutrina, o STJ e o STF vêm frisando a tese da responsabilidade objetiva do Estado tanto nos casos comissivos como nos omissivos.

No que se refere ao caso fortuito, o dano decorre de ato humano, gerador de resultado danoso e alheio à vontade do agente. Por se tratar de uma imprevisão ou acidente, ou seja, algo que não poderia ser evitado pela vontade humana, há a quebra do nexo de causalidade e, conseqüentemente, a exclusão da responsabilidade do Estado.

Outra causa de exclusão da responsabilidade diz respeito ao estado de necessidade, uma vez que traduz situação em que prevalece o interesse geral sobre o particular (princípio da supremacia do interesse público). Ocorre quando há situações de perigo iminente, que não são provocadas pelo agente, a exemplo das guerras.

A culpa exclusiva da vítima ou de terceiro também é considerada como excludente da responsabilidade estatal. Assim, o poder público não pode ser responsabilizado por um fato a que não deu causa, já que o evento danoso foi provocado por culpa exclusiva da vítima.

Nos casos em que se verifica a existência de concausas, isto é, mais de uma causa ensejadora do resultado danoso, praticadas, simultaneamente, pelo Estado e pela vítima, não haverá excludente de responsabilidade. Haverá, sim, atenuação do *quantum* indenizatório na medida da participação no evento.

Com relação, especificamente, à responsabilidade do Estado pela má-prestação do serviço de saúde, busca-se evitar que o Estado se esquive dessa obrigação, caso venha a provocar um dano através de seus agentes. O Estado é meio para que a coletividade possa atingir seus fins, ele é obrigado a prestar o serviço de forma a torná-lo efetivo.

E a jurisprudência pátria se manifesta no sentido da responsabilização do Estado na hipótese de caracterização de dano em decorrência de serviços prestados de forma deficiente.

Confira-se:

Dano moral. Indenização. Responsabilidade civil do Estado. Exame laboratorial, fornecido por ambulatório estadual, que apura que a paciente possui o vírus da AIDS. Comprovação posterior que o resultado não correspondia à verdade. Verba devida. Impõe-se a reparação por dano moral, decorrente de exame laboratorial fornecido por ambulatório estadual que apura que a paciente possui o vírus da AIDS, sendo posteriormente constatado que tal resultado não correspondia à verdade. Indenização. Dano material. Paciente que recebe resultado inverídico para AIDS. Inexistência da comprovação dos prejuízos patrimoniais. Verba indevida. Inexistindo a comprovação de prejuízos patrimoniais é inadmissível o reconhecimento do

¹⁹⁸ BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 245-250.

dever de reparação a título de dano material ao paciente que recebe resultado positivo para AIDS, ainda que inverídico.¹⁹⁹

Responsabilidade civil do Estado. Erro médico. Vítima menor que após a internação em hospital público, para operação do apêndice, ficou tetraplégica, surda e muda. Pensão mensal e reparação por dano moral, na forma do art. 1.538 do CC, devidos pela União. Aplicação do art. 37, § 6.º, da CF. Conforme dispõe o art. 37, § 6.º, da CF, a responsabilidade civil do Estado é de natureza objetiva. Assim, demonstrado o nexo causal entre lesão, erro médico ocorrido em uma operação de apendicite em hospital público, que deixou a vítima menor tetraplégica, surda e muda, e o ato do agente público, a União Federal responde pela pensão mensal à vítima e deve reparar, ainda, o dano moral na forma prevista no art. 1.538 do CC.²⁰⁰

Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Erro médico. Caracterização. Operação de sinusite ocorrida em hospital do extinto Inamps que teve como consequência a permanência em estado de coma da paciente e posteriormente um quadro infeccioso que gerou a necessidade de novas intervenções cirúrgicas – Verba devida independentemente de dolo ou culpa dos agentes da União. Conforme estabelecido no art. 37, da CF, a responsabilidade do Estado é de natureza objetiva, e assim deve a União responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, independente da prova de dolo ou culpa, estando compreendido neste conceito o erro médico ocorrido em hospital do extinto Inamps por ocasião de uma operação de sinusite, que resultou na permanência em estado de coma da paciente e, posteriormente, em um quadro infeccioso que gerou a necessidade de novas intervenções cirúrgicas.²⁰¹

Em resumo, as decisões colacionadas mostram que se o serviço prestado for realizado de forma defeituosa, causando algum dano ao administrado, configurada estará a responsabilidade do Estado, independentemente da apuração da culpa, tendo em vista sua responsabilização objetiva.

Ora, a prestação condigna e eficaz do serviço de saúde caracteriza-se como atividade estatal e, por assim ser, se danos forem causados por seu mau funcionamento, as vítimas serão indenizadas pelo Estado, ao qual caberá, depois, ação regressiva contra o real causador do dano.

Enfim, não se pode negar a necessidade da intervenção estatal, mesmo nas democracias modernas. O Estado precisa atuar para que a economia funcione a contento e para que se mantenham o sistema capitalista e as relações de produção. Mas, segundo Jackson Borges de Araújo²⁰², essa atuação tem de seguir normas e limites impostos por lei. A esse respeito, esclarece:

¹⁹⁹ TJSP, 8.ª Câmara de Dir. Públ., AC n. 049.742-5/2-00/Guarulhos, rel. Des. Paulo Travain, v. u., j. em 9.12.1999, RT 778/246.

²⁰⁰ TRF, 2.ª Região, 2.ª T., AP n. 97.02.17297-7/RJ, rel. Des. Federal Paulo Espírito Santo, v. u., j. em 8.9.1999, RT 775/402.

²⁰¹ TRF, 2.ª Região, 2.ª T., AC n. 99.02.20871-1/RJ, rel. Des. Federal Castro Aguiar, v. u., j. em 3.5.2000, RT 783/445.

O que garante a liberdade aos cidadãos e o respeito aos direitos fundamentais é a lei e o direito, aos quais o Estado está inexoravelmente vinculado. O princípio da estrita vinculação dos atos do Estado à lei faz com que se estabeleça o controle judicial dos atos do Estado. O Estado só pode agir dentro dos estreitos limites da lei.

Nenhum dos poderes do Estado pode fugir ao que preceituam as leis que lhe são impostas. Dessa forma, os atos do Estado têm que observar e dar efetividade às normas jurídicas vigentes, para que todas as suas atividades sejam realizadas de forma eficiente e eficaz. O Estado deve atuar no campo da legalidade. A Administração Pública só pode realizar as atividades a que se propõe se dispuser de agentes ou organismos vivos (funcionários e servidores). Significa que, agindo como ente estatal, traduz-se em atos de seus funcionários. Acontece que esses agentes, dirigentes ou servidores, investidos na qualidade de representantes da Administração Pública, podem, eventualmente, praticar algum ato que se traduza em dano ou prejuízo para os administrados, sejam de natureza moral ou patrimonial, e por esses atos deve o Estado ser responsabilizado.

Kruger Filho²⁰³ aponta a finalidade da responsabilidade civil, demonstrando a imprescindibilidade do instituto para a concretização e eficácia das normas de Direito:

É precisamente para compelir os homens a observarem e respeitarem as regras de convivência, que lhes são impostas pelo Direito, que o instituto da responsabilidade tem a sua razão de ser e o seu fundamento, sendo que a sua finalidade é a de impedir a perpetração de danos à sociedade e aos indivíduos, isoladamente considerados, impondo as respectivas sanções pela inobservância dessas regras.

Assim, pelos motivos mencionados, a responsabilização civil do Estado pela má-prestação do serviço de saúde auxilia na efetivação do mencionado serviço, mostrando-se imprescindível à concretização e eficácia das normas de Direito, sobretudo para os mandamentos constitucionais que pregam a efetiva prestação do serviço de saúde.

3.4.3. O princípio da reserva do possível como aspecto econômico a ser observado na efetivação do direito à saúde

²⁰² ARAÚJO, Jackson Borges de. *A responsabilidade civil do Estado por danos causados aos agentes econômicos*. Recife: Bagaço, 1999. p. 16.

²⁰³ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *A responsabilidade civil e penal no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 42.

O direito à saúde, apesar de ser um direito subjetivo de satisfação obrigatória, não pode deixar de ser analisado sem considerações de ordem econômica.

Ocorre que o grande problema que paira sobre a concretização dos direitos fundamentais sociais, aqui inserido o direito à saúde, gira em torno dos gastos públicos necessários às prestações estatais de efetivação, pois não basta que se determine a prestação do serviço de saúde para todos, conforme prescreve a Constituição Federal. É preciso que existam recursos financeiros disponíveis para tanto.

Oportuno, desse modo, tratar de um aspecto econômico interessante, que está relacionado à alegação, por parte do Poder Público, do princípio da “reserva do possível”, que a faz com o intuito de se desvencilhar da obrigação de efetivação do direito à saúde, sob o argumento de indisponibilidade de recursos financeiros nos cofres públicos.

A reserva do possível consiste na disponibilidade orçamentária para que o Estado realize seus serviços.

Para que se possa alegar o princípio da reserva do possível, conforme ensina Cesar Pereira²⁰⁴, necessário se faz que haja uma conjugação entre o binômio: a razoabilidade da pretensão do particular deduzida em face do Poder Público, de um lado; e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetiva a prestação dele reclamada. Assim, os componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizada estará a possibilidade estatal de efetivação do direito à saúde.

Nesse diapasão, percebe-se que o princípio da reserva do possível funciona como uma espécie de limitação lógica à possibilidade de efetivação da prestação do serviço de saúde pela via judicial, pois o Estado nem sempre dispõe de recursos financeiros efetivos para atender toda e qualquer espécie de demanda nesse sentido.

E é pela circunstância de o Estado não ter condições de promover um atendimento integral a todos que careçam de serviço de saúde, que surgem as inúmeras insatisfações individuais e coletivas, as quais, por sua vez, acabam por desaguar no Poder Judiciário.

Acontece que o Poder Judiciário, sensibilizado pelas alegações dos interessados em obter certa prestação estatal, muitas vezes acaba por determinar que esta providência seja executada. Para tanto, o Judiciário chega até a desconsiderar os argumentos formulados

²⁰⁴ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.319.

pelos Gestores da Coisa Pública de que, naquele momento, estariam impossibilitados financeiramente de concretizar determinadas medidas. E as decisões judiciais desta natureza costumam causar sérios problemas para a Administração Pública, na medida em que passa a retirar recursos financeiros de uma área para aplicar em outra, a fim de tentar cumprir a determinação judicial, o que pode vir a causar um verdadeiro desequilíbrio administrativo, bem como o comprometimento à prestação de outros serviços públicos.

Vê-se, dessa forma, que a norma jurídica constitucional, que assegura a todos o direito de exigir do Estado a prestação do serviço de saúde, somente alcançará sua real efetividade se estiverem presentes as condições fáticas e jurídicas capazes de lhe conferir esta eficácia, pois as limitações de ordem econômica podem comprometer sobremaneira a plena efetivação de dito serviço público, já que é essencial a existência de recursos financeiros que garantam a sua realização concreta.

Não basta, portanto, que a legislação defira alguma prerrogativa aos membros da sociedade, fazendo-se imprescindível, também, que existam recursos materiais capazes de viabilizar a satisfação destes direitos. E isso é o que orienta a aplicação do denominado primado da *reserva do possível*.

De acordo com Canotilho²⁰⁵, a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais deve ser examinada segundo os parâmetros desta “reserva do possível”, uma vez que as suas efetivações dependem de recursos econômicos necessários.

Entretanto, no que pese a necessidade de o princípio da reserva do possível seja respeitado, o que se observa é que o Poder Público vem se aproveitando da situação e invocando-o apenas para se defender em juízo, e isso na simples tentativa de se esquivar da obrigação de prestar o serviço de saúde de forma digna e eficaz.

É que o Estado vem invocando a reserva do possível sem apresentar quaisquer elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial, de maneira que as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança.

Não pode o Poder Público simplesmente alegar que não tem possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial. É preciso que comprove.

Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acatado se o Estado demonstrar sua insuficiência financeira para a efetivação do direito pleiteado pelo

²⁰⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes Canotilho e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 131.

necessitado. É o Poder Público que tem a obrigação de demonstrar, nos autos, os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar a não-efetivação do direito fundamental social à saúde.

Ainda, conforme elucidado por Cesar Pereira²⁰⁶, deve-se buscar dar prioridade à pauta de valores fundamentais extraídos da Constituição Federal, não bastando, dessa maneira, que o Poder Público comprove que o seu orçamento está comprometido com outras destinações, devendo demonstrar, ainda, que tais destinações são constitucionalmente mais valiosas que o cumprimento do direito invocado. O mérito deste entendimento está em dar prioridade de efetivação aos direitos fundamentais mínimos essenciais, a exemplo do direito à vida, saúde, moradia, alimentação, dentre outros, não podendo, por exemplo, o Poder Público alegar a reserva do possível para deixar de realizar um serviço de saúde em razão de só dispor de verba para o esporte, pois a saúde é um direito que merece mais atenção que o esporte.

Portanto, constata-se a necessidade de as decisões judiciais buscarem sempre atender as demandas em prol da efetivação do direito à saúde, mas desde que estejam atentas ao primado da reserva do possível e de sua comprovação, tendo em vista o Poder Público não dispor de recursos ilimitados para a promoção de toda e qualquer pretensão no campo da saúde.

3.5. O papel do Ministério Público

Além de estabelecer princípios fundamentais, a Constituição Federal de 1988 também elenca as funções essenciais à justiça, atribuindo deveres a determinados órgãos, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia. Trata-se de instituições que são essenciais para o correto andamento do Poder Judiciário e o devido acesso à justiça. E não poderia ser diferente ao se tratar do direito à saúde, quando se faz necessária a atuação de diversos órgãos para a sua efetivação.

Significa dizer que o Poder Judiciário, que tem a função de resolver os litígios, só age se for provocado por um desses órgãos. “Por isso, o Judiciário só funciona por provocação, ou

²⁰⁶ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 326-327.

seja, se o agente exigir que ele atue, donde resulta a importância dos *protagonistas* da dinâmica processual, titulares das *funções essenciais à Justiça*²⁰⁷.

O Ministério Público se enquadra perfeitamente neste mister, uma vez que se trata de uma instituição que goza de autonomia, de independência e de poderes essenciais para que se faça cumprir as normas constitucionais e os preceitos legais no que se refere à saúde pública. É um órgão que zela tanto pelos interesses de uma coletividade quanto pelos dos indivíduos, o que o torna essencial para a concretização do já referido Estado Democrático de Direito.

A própria Constituição Federal, em seu art. 127, define o Ministério Público como uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O legislador constituinte agiu acertadamente ao inserir o Ministério Público dentre os órgãos essenciais à justiça, posto ser encarregado da defesa dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade, o que o torna como um dos principais órgãos junto aos demais poderes que regem a República Federativa do Brasil.

É o que descreve Celso Ribeiro Bastos²⁰⁸:

O Ministério Público tem a sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que este remanesceria inerte porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda a coletividade. Mesmo com relação aos indivíduos, é notório o fato de que a ordem jurídica por vezes lhes confere direitos sobre os quais não podem dispor. Surge daí a clara necessidade de um órgão que zele tanto pelos interesses da coletividade quanto pelos dos indivíduos, estes apenas quando indisponíveis. Trata-se, portanto, de instituição voltada ao patrocínio desinteressado de interesses públicos, assim como de privados, quando merecerem um especial tratamento do ordenamento jurídico.

Como se observa, o Ministério Público é revestido por diversas funções que lhe são atribuídas tanto pela Carta Magna quanto pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a Lei nº 8.625/93, que também se preocupou em estabelecer as funções ministeriais a serem seguidas e cumpridas por esta instituição.

Essas funções estão especificadas no art. 129, da Carta Federal, como: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; promover o inquérito civil e a ação civil pública; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de

²⁰⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1134.

²⁰⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 428.

relevância pública aos direitos assegurados na Constituição; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas etc.

Na verdade, o Ministério Público é um órgão integrante do Estado com garantias especiais, que a Constituição Federal e as leis específicas atribuíram funções essenciais para a defesa de interesses não só dos cidadãos, mas de toda a sociedade. Trata-se de uma instituição fiscalizadora e zeladora do correto cumprimento da lei. Neste caso, os membros do referido órgão se inserem no que disciplina o art. 83 do Código de Processo Civil, que trata da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei.

Alexandre de Moraes²⁰⁹, analisando as funções dispostas na Constituição Federal, elucida o seguinte:

A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal com a titularidade exclusiva da ação penal pública...quanto no campo cível como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e da moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública.

Importante papel também tem o Ministério Público junto ao Poder Judiciário exercendo o direito de ação, seja como parte ou como substituto processual, conforme preconiza o art. 81 do Código de Processo Civil, ou mesmo intervindo no processo quando a causa houver interesse de incapazes ou quando versar sobre o estado da pessoa, o pátrio poder, a tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade, além das ações que envolver litígios coletivos pela posse da terra rural e em outras causas em que se fizer presente o interesse público (art. 82, do CPC).

Sálvio de Figueiredo Teixeira²¹⁰, ao analisar o exercício do direito de ação por parte do Ministério Público, considera que a Constituição Federal o fortaleceu consideravelmente, “dando-lhe as condições imprescindíveis para realizar sua relevante missão social”, porque tutela o interesse público na defesa das instituições e na proteção de pessoas, objetivando resguardar o interesse público e assegurar a imparcialidade judicial. Pontua o autor:

Sua atuação, no cível, se dá como parte (art. 81) ou como fiscal da lei (art. 82). Como parte, atua nos casos expressos em lei, geralmente como substituto processual. Como *custus legis*, quando há interesses de incapazes, nas ações de estado ou quando presente o interesse público (na maioria das vezes, sua participação vem expressamente prevista na lei – v. g., nas ações

²⁰⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 498.

²¹⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 66.

de mandado de segurança, rescisória, popular, civil pública, coletivas, falência, usucapião etc.).

A jurisprudência pátria também coaduna do mesmo posicionamento. Observe-se:

A qualificação do Ministério Público como órgão interveniente defere-lhe posição de grande eminência no contexto da relação processual, na medida em que lhe incumbe o desempenho imparcial da atividade fiscalizadora pertinente à correta aplicação do direito objetivo²¹¹.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. ARTIGO 25, IV, "B", DA LEI 8.625/93. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ARTS. 127 E 129 DA CF/88. PATRIMÔNIO PÚBLICO. DEVER DE PROTEÇÃO.

1. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o status de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 129, caput). 2. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses públicos patrimoniais e sociais, ostentando, a um só tempo, legitimatio ad processum e capacidade postulatória que pressupõe aptidão para praticar atos processuais. É que essa capacidade equivale a do advogado que atua em causa própria. Revelar-se-ia contraditio in terminis que o Ministério Público legitimado para a causa e exercente de função essencial à jurisdição pela sua aptidão técnica fosse instado a contratar advogado na sua atuação pro populo de custos legis. 3. A ratio essendi da capacidade postulatória vem expressa no art. 36 do CPC, verbis: "A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver". 4. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 5. Destarte, é mister ressaltar que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 6. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis, na forma da recentíssima súmula nº 329, aprovada pela Corte Especial em 02.08.2006, cujo verbete assim sintetiza a tese: "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público".(...) 8. Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa do interesse patrimonial público e social, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública, podendo para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei,

²¹¹ BRASIL. STF. RTJ 154/426.

desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129). 9. Outrossim, Impõe-se, ressaltar que o artigo 25, IV, "b", da Lei 8.625/93 permite ao Ministério Público ingressar em juízo, por meio da propositura da ação civil pública para "a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem". 10. Deveras, o Ministério Público, ao propor ação civil pública por ato de improbidade, visa a realização do interesse público primário, protegendo o patrimônio público, com a cobrança do devido ressarcimento dos prejuízos causados ao erário municipal, o que configura função institucional/típica do ente ministerial, a despeito de tratar-se de legitimação extraordinária. 11. É cediço na doutrina pátria que "o bacharel em direito regularmente inscrito no quadro de advogados da OAB tem capacidade postulatória (EOAB 8º, 1º e ss). Também a possui o membro do MP, tanto no processo penal quanto no processo civil, para ajuizar a ação penal e a ACP (CF 129, III; CPC 81; LACP 5º; CDC 82, I; ECA 210 I)." (Nelson Nery Júnior In "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 5ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, página 429). 12. Recurso especial desprovido²¹².

Para Hugo Nigro Mazzilli²¹³, a maneira mais utilizada para analisar a atuação do Ministério Público consiste em distinguir a sua função de ser parte e fiscal da lei. Para ele, essa distinção não se satisfaz porque não enfrenta todos os aspectos da atuação ministerial e porque, "nem por ser parte, isso significa que o Ministério Público não esteja a zelar pelo correto cumprimento da lei...porque, nem por ser fiscal da lei, deixa o membro do Ministério Público de ser titular de ônus e faculdades processuais, e, portanto, sempre deve ser considerado *parte*...".

É o que também descreve Cristiane Barreto Nogueira Rizkallah²¹⁴:

Hoje, a atuação do Ministério Público é muito ampla. Na esfera criminal, é titular privativo da ação penal pública, e está incumbido do controle externo da atividade policial. Atua na ação penal, não com o ônus de acusar, mas com o fim de assegurar um contraditório na acusação, garantir imparcialidade do julgamento, podendo pedir a absolvição, recorrer e impetrar *habeas corpus* em favor do acusado. Desapareceu, portanto, aquela antiga figura do acusador inflexível.

Na esfera cível também as atribuições do Ministério Público vêm aumentando sensivelmente. O promotor de justiça pode propor ações civis públicas, pode intervir em processos, zelando pelos interesses de incapazes, índios, fundações, massas falidas, questões ambientais, de família, de estado, de testamento, de mandado de segurança e ação popular, pode fiscalizar fundações, habilitações de casamento e acordos extrajudiciais,

²¹² BRASIL. REsp 749988 / SP. RECURSO ESPECIAL 2005/0080093-5. Relator Ministro LUIZ FUX. DJ 18/09/2006, p. 275.

²¹³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 75.

²¹⁴ RIZKALLAH, Cristiane Barreto Nogueira. *O direito à saúde e o Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.mp.pe.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2009. p. 31.

pode firmar compromissos de ajustamento de conduta resultantes das investigações promovidas nos inquéritos civis. Além disso, atende ao público para o fim de zelar para que haja efetivo respeito aos direitos constitucionais, por parte dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública.

É importante esclarecer que o rol constitucional é exemplificativo, uma vez que o Ministério Público pode exercer outras funções determinadas pela Lei Orgânica ou por Constituições Estaduais ou leis complementares, desde que não sejam incompatíveis com a sua finalidade constitucional, como determina o próprio art. 129.

Clara não resta a função do *Parquet*, como também é denominado, em defender os direitos constitucionais do cidadão, o que vem determinado no inciso III, do referido artigo da Constituição Federal, que o incumbe de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Assim, a atual Constituição Federal, atribuindo ao Ministério Público o papel de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, o fez assumir relevante posição junto à defesa do direito à saúde, no que se refere ao acompanhamento e fiscalização das políticas públicas. Portanto, seja como fiscal da lei ou como parte ou mesmo intervindo no processo nas causas de interesse público, os cidadãos podem e devem cobrar dele o fiel cumprimento às normas constitucionais.

E como bem informa Marcos Alexandre Bezerra Wanderley de Queiroga²¹⁵, o Ministério Público se torna um instrumento necessário para a implementação dessas políticas públicas constitucionais, que são voltadas para o alcance da plena cidadania, cabendo a ele uma atitude ativa, com o objetivo de velar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis, atuando quando constatar ausência ou ineficiência do poder público no cumprimento das políticas públicas. Observe:

Assim, o promotor de justiça deve reconhecer o poder que tem nas mãos, através dos instrumentos assegurados constitucionalmente ao Ministério Público. Tem a possibilidade de alterar a realidade, corrigindo as omissões e ineficiências do poder público na implementação de políticas voltadas à satisfação das necessidades essenciais da população, na busca do mínimo existencial como reflexo do princípio maior da dignidade da pessoa humana. O membro do *Parquet* com atuação na área cível, mormente junto às curadorias, deve exercer uma ação comprometida com a plena cidadania, que é direito de todos. Deve voltar os olhos, sobretudo, aos mais

²¹⁵ QUEIROGA, Marcos Alexandre Bezerra Wanderley de. O controle judicial das políticas públicas e o papel do Ministério Público. *Revista Jurídica do Ministério Público*. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. João Pessoa: MP/PGJPB, CEAF, ano 1, n. 1, jan./jun. 2007. p. 302-303.

necessitados, na busca da igualdade material e do equilíbrio entre aqueles que têm e os que não têm.

Como já visto, a Constituição Federal estabelece que as ações e os serviços de saúde são considerados de relevância pública. E por assim ser, o Ministério Público, que tem por função zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, promovendo as medidas necessárias para a sua garantia, deve também cuidar do sistema de saúde, atuando junto ao Sistema Único de Saúde.

Para isso, os membros do Ministério Público têm à sua disposição o ajuizamento da ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.347/85 e que tem por objetivo a indenização pelo dano causado, visando à reconstituição dos bens lesados, além de exigir o cumprimento da legislação que trata do direito à saúde.

Trata-se de função institucional do Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Neste caso, ele atua como substituto processual, uma vez que está defendendo direito alheio.

Percebe-se que a Lei da Ação Civil Pública tornou obrigatória a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, nos processos que defendam interesses difusos e coletivos. Mas, antes de um direito, a proposição da referida ação é um dever dos membros que o compõem, não podendo haver desistência.

Essa preocupação com a saúde pública não é nova. Várias instituições vêm discutindo o assunto e adotando medidas necessárias para que se defenda esse direito. O Ministério Público já se posicionou nesse sentido, celebrando um pacto que ficou conhecido como a “carta de palmas em defesa do direito à saúde”, que foi assinado por todos os Procuradores-Gerais de Justiça do Brasil na cidade de Palmas, em 1998²¹⁶.

Nela ficou estabelecido que os Procuradores Gerais de Justiça, Procuradores de Justiça, Promotores de Justiça e Procuradores de República devem assegurar a atuação do Ministério Público na tutela das relações da saúde, além de efetivar o acompanhamento sistemático dos recursos relativos à saúde pública no País, obtendo informações do Ministério da Saúde, e as contrapartidas dos Estados e Municípios.

²¹⁶ MEDEIROS, Humberto Jacques. *Ministério Público: reforço do poder da cidadania e do controle social*. Disponível em: <<http://www.saude.ba.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

A referida carta ainda recomenda aos membros do Ministério Público que fiscalizem os órgãos federais, estaduais e municipais, propugnando pela remessa aos Promotores de Justiça de peças informativas, autos de infração, laudos, exames, perícias e outros que proporcionem o conhecimento de ofensas aos direitos à saúde.

Com efeito, é de fundamental importância a atuação do Ministério Público para a defesa do direito à saúde, uma vez que as ações e os serviços de saúde são considerados direitos constitucionalmente exigíveis. E, para isso, deve haver a colaboração não só dos membros do Ministério Público, mas de toda a sociedade.

Segundo Humberto Jacques Medeiros²¹⁷, o Ministério Público “é um potencializador do controle social e um reforço da cidadania” e “um entusiasta do exercício pleno das competências dos conselhos de saúde”, mas que a sociedade não pode ficar esperando apenas a sua atuação, deve também lutar para que os seus direitos, enquanto cidadãos, sejam respeitados. Observe-se:

A Constituição atribuiu ao Ministério Público muitas tarefas além de zelar pelo Sistema Único de Saúde. Todo membro do Ministério Público possui uma enorme gama de tarefas para se desincumbir, tendo por vezes que eleger prioridades que não são sempre coincidentes com todos aqueles que reclamam sua atuação. De toda a forma, o Ministério Público sabe que não possui monopólios, a não ser o da ação penal pública. Em outras palavras, os cidadãos devidamente organizados não dependem do Ministério Público para a plena defesa de seus direitos. Isso não se trata de transformar o Ministério Público em seguro de vida que se paga para ter, mas se espera nunca usar. O que se quer evitar é o sério risco de um Ministério Público extremamente atuante produzir uma cidadania ausente, inoperante ou dependente. O Ministério Público é um parceiro da sociedade, não o seu intérprete, nem tampouco seu tutor. A sociedade não precisa de protetores, nem o Ministério Público pode se propor a isso sob pena de destruir a cidadania, abalar o regime democrático, e descumprir a ordem jurídica.

Cristiane Barreto Nogueira Rizkallah²¹⁸ partilha do mesmo entendimento:

E quando a lei diz que o Ministério Público está encarregado da defesa dos direitos constitucionais do cidadão, está se valendo do alcance mais abrangente do vocábulo “cidadania”. Inclui o direito de todas as pessoas, sem distinção, de exigir que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública respeitem os direitos assegurados na Constituição, de ver respeitadas as regras constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, probidade e razoabilidade na administração, de ver defendidos o patrimônio público e social, de ver combatidas as violações aos direitos humanos e garantidos os direitos individuais, sociais e coletivos, previstos no art. 5º da Constituição. Enfim,

²¹⁷ MEDEIROS, Humberto Jacques. *Ministério Público: reforço do poder da cidadania e do controle social*. Disponível em: <<http://www.saude.ba.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

²¹⁸ RIZKALLAH, Cristiane Barreto Nogueira. *O direito à saúde e o Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.mp.pe.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2009. p. 31.

o direito de toda pessoa, de ver obedecidos os princípios democráticos do Estado de Direito, não podendo ser esquecido o valor da participação comunitária propriamente dita, na realização do controle social.

Cabe, portanto, ao Ministério Público zelar para que os Poderes Públicos e os serviços e as ações de saúde não deixem de respeitar os direitos assegurados constitucionalmente, promovendo, assim, todas as medidas que são necessárias para o seu cumprimento. Neste caso, pode o *Parquet* auxiliar os Conselhos de Saúde, assegurar a participação comunitária na gestão da saúde, instaurar procedimentos extrajudiciais, como inquéritos civis e procedimentos de investigação preliminar, ou ajuizar medidas judiciais ligadas ao atendimento em saúde, ao acesso a medicamentos, a tratamentos especializados etc²¹⁹.

Tomando essas medidas, o Ministério Público estará cumprindo com as funções que lhes foi atribuída pela Constituição Federal, respeitando a cidadania e o Estado Democrático de Direito, mas, principalmente, contribuindo para que se concretizem as ações e os serviços que são destinados à promoção, proteção ou à recuperação da saúde.

3.6. A participação popular

A participação da sociedade não deixa de ser um meio de efetivação do direito à saúde, vez que engloba desde a participação popular na formulação e execução das políticas públicas de saúde, até mesmo à utilização, por parte da sociedade, dos meios processuais pertinentes, a exemplo de ações judiciais individuais ou coletivas pertinentes.

Ainda, a sociedade também pode participar interagindo com o Órgão do Ministério Público, comunicando ao mesmo sobre as mazelas verificadas, para que tome as medidas cabíveis, como a propositura da ação civil pública. E isso não deixa de ser uma forma de participação popular voltada à efetivação do direito à saúde.

De fundamental importância, portanto, é a participação da sociedade. Hodiernamente, inclusive, a participação popular é considerada um princípio jurídico implícito no ordenamento constitucional brasileiro²²⁰, ante o fato de vários dispositivos prescreverem a necessidade de diálogo entre a sociedade e a Administração Pública.

²¹⁹ RIZKALLAH, Cristiane Barreto Nogueira. *O direito à saúde e o Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.mp.pe.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2009. p. 32.

²²⁰ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (organizadora, Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006. p. 169.

Realmente, fazendo-se uma leitura da Carta Magna de 1988, logo se percebe a existência do mencionado princípio, senão vejamos alguns dos vários dispositivos. Observa-se que: o artigo 10 assegura “a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”; o artigo 194, por sua vez, assegura o caráter democrático do sistema estatal de previdência social, ao dizer que sua gestão administrativa admite a participação da comunidade, em especial dos trabalhadores, empresários e aposentados; já o artigo 204, inciso II, prevê que o serviço público de assistência social deve ser organizado e executado mediante a participação da população; o artigo 205 estabelece que a educação será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade; o artigo 225 impõe que o Poder Público e a coletividade trabalhem juntos na defesa do meio ambiente; dentre outros dispositivos que reforçam a necessidade da participação popular na efetivação dos direitos fundamentais.

E com a saúde não é diferente, havendo a necessidade da participação da sociedade nesse mister, vez que a própria Constituição Federal de 1988, conforme se constata em seu artigo 198, inciso II, determina que as ações, políticas e serviços de saúde pública tenham como diretriz a participação da comunidade, a fim de que sejam devidamente efetivadas.

Assim, constata-se que a efetivação do direito à saúde precisa da participação popular, podendo-se, pois, considerar essa participação como sendo mais um dos mecanismos de efetivação do direito à saúde. Reforçando essa constatação, Marcos Perez²²¹ aponta que a atuação unilateral e imperativa do Poder Público é ineficiente, uma vez que deve haver uma interação entre o Estado e a sociedade. Além disso, numa sociedade democrática de direito se pressupõe a participação popular na discussão e tomada de decisões, de maneira que a sociedade deve ter voz ativa nas audiências públicas realizadas para se discutir a formulação e criação de políticas públicas.

Observa-se, dessa maneira, que o êxito das políticas sociais e econômicas de saúde não depende, portanto, única e exclusivamente das ações do Poder Público, mostrando-se imprescindível a adesão e a atuação ativa da sociedade na efetivação do direito à saúde pública. É que a sociedade passa a participar da concepção e implementação das políticas públicas de saúde, e as audiências públicas realizadas entre o Poder Público e a sociedade, bem como os Órgãos colegiados²²² que o SUS possui em cada esfera de governo, são exemplos de como se dá essa participação popular.

²²¹ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (organizadora, Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006. p 167.

²²² As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde, que são órgãos colegiados que contam com a participação da comunidade. Vide capítulo II, tópico 2.5 do presente trabalho.

A audiência pública, conforme coloca Danielle Bonella²²³, consiste numa sessão de discussão aberta a todos os cidadãos, sendo considerada um exemplo de instrumento da participação popular, tendo em vista permitir que o Poder Público, através do diálogo e negociação, conheça as necessidades e demandas da população. Completa a autora, afirmando que o Poder Público pode chamar a população, para o debate e coleta de opinião, sempre que entender oportuno:

As audiências estão previstas pela Constituição Federal, pelas Leis Federais e pelas Leis Orgânicas. Embora algumas sejam obrigatórias, como na elaboração do Plano Diretor ou em processo de licenciamento ambiental, a Prefeitura pode aproveitar sua potencialidade, enquanto espaço de coleta de opinião e debate público, sempre que considerar oportuno para a comunidade.

Interessante frisar que, conforme chama a atenção Ricardo Hermany²²⁴, a Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000²²⁵ impõe a obrigatoriedade da realização das audiências públicas para a aprovação das leis orçamentárias²²⁶. E isso é fundamental porque, a partir do momento em que a audiência pública é colocada como requisito de validade das mencionadas leis, permite-se a existência de uma gestão administrativa mais transparente e passível de controle social, na medida em que a sociedade passa a ter conhecimento prévio dos programas que serão desenvolvidos e, em assim sendo, poderá fazer um controle mais centrado sobre a aplicação dos recursos públicos, participando e exigindo, por exemplo, a correta destinação de verbas para a saúde pública.

Uma importante esfera de participação popular se dá quando a sociedade realiza o chamado controle social, que ocorre quando utiliza os meios processuais pertinentes, a exemplo de ações judiciais individuais ou coletivas em face do Poder Público, podendo-se citar como exemplo o ajuizamento da ação popular pelo cidadão, nos moldes preconizados pelo artigo 5º, inciso LXXIII da Carta Magna de 1988. O controle social ocorre também quando o cidadão comunica alguma mazela ao Órgão do Ministério Público, para que este tome as medidas cabíveis, como, por exemplo, nos termos dos artigos 5º, I c/c 6º da Lei n.º

²²³ BONELLA, Danielle Soncini. Participação da sociedade: emergência e consolidação do constitucionalismo social. *Constitucionalismo social: o papel dos sindicatos e da jurisdição da realização dos direitos sociais em tempos de globalização*. (organizadoras: Maria Clarissa Henning Leal, Maria Aurea Baroni Cecato e Dorothée Susane Rüdiger). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 251.

²²⁴ HERMANY, Ricardo. Novos paradigmas da gestão pública local e do direito social: a participação popular como requisito para a regularidade dos atos da administração. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. (organizadores: Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal). Tomo 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. p. 1738-1740.

²²⁵ Intitulada de Lei de Responsabilidade Fiscal.

²²⁶ Por leis orçamentárias compreenda-se: o plano plurianual; a lei de diretrizes orçamentárias; e a lei orçamentária anual, conforme prescreve o artigo 165 da CF/88.

7.347/1985²²⁷, a propositura de ação civil pública. E tudo isso é realizado com vistas à efetivação do direito à saúde.

Com relação à expressão “controle social”, Vanderlei Siraque²²⁸ faz uma observação no sentido de que, tecnicamente falando, o controle social é diferente da participação popular, pois enquanto esta ocorre no momento da tomada de decisões, geralmente antes ou concomitantemente à elaboração do ato da Administração, quando a sociedade participa discutindo e dando opiniões, o controle social ocorre através da fiscalização realizada pela sociedade, quando esta analisa se o ato está de acordo com a lei ou fiscaliza a execução e aplicação das normas jurídicas ao caso concreto. Mas, enfatiza o autor, ambos, tanto a participação popular quanto o controle social, são considerados direitos fundamentais da pessoa humana, constituindo-se em garantias de limitação do Poder Público.

Entretanto, é de se constatar que, na prática, o controle social não deixa de ser uma forma de participação popular, pois é considerado, conforme ensina Vanderlei Siraque²²⁹, um direito público subjetivo à fiscalização da função administrativa do Estado pelos cidadãos, onde estes dispõem da faculdade de promoverem ações judiciais em face do Poder Público e de comunicar ao Órgão do Ministério Público as irregularidades realizadas pelo Estado, o que acaba por ser uma forma de a sociedade participar em prol da efetivação dos direitos previstos na Carta Magna, sobretudo os relacionados à prestação condigna do serviço de saúde pública.

A sociedade também pode participar através da iniciativa popular de leis, apresentando projetos de lei voltados à efetivação do direito à saúde. É que a Constituição Federal brasileira de 1988, no § 2º do seu artigo 61, prescreve que a população pode apresentar à Câmara dos Deputados projeto de lei, desde que subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Portanto, chega-se à conclusão de que a concretização fático-social do direito à saúde não depende apenas do Poder Público, devendo haver um comprometimento participativo de toda a sociedade, pois a cidadania pressupõe que todos têm o direito de participar, direta ou indiretamente, quer discutindo e propondo soluções nas audiências públicas, quer promovendo ações judiciais, quer acionando o Ministério Público, ou até mesmo através da apresentação de projetos de lei pela iniciativa popular. Dessa maneira, pode-se afirmar,

²²⁷ Conhecida por Lei da Ação Civil Pública.

²²⁸ SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 110-114.

²²⁹ SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 112.

inclusive, que o desenvolvimento democrático de um país pressupõe esta ampliação da participação popular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório o estado caótico que a saúde, no Brasil, vem enfrentando, o que não é uma realidade atual, mas que vem de muito tempo atrás. Assim, a Constituição Federal de 1988, mais expressamente em seus artigos 6º c/c 196, estabeleceu por ser uma obrigação do Estado o acesso universal e igualitário dos cidadãos à prestação do serviço de saúde, constituindo-se como um direito fundamental social.

Assim, a Carta Federal preconiza que o Poder Público está obrigado a prestar, universal e gratuitamente, o serviço de saúde aos cidadãos que dele necessitarem, a fim de se assegurar o direito a vida e à dignidade humana, o que deve ser assegurado através da implementação de políticas públicas sociais e econômicas eficientes, uma vez que essas políticas são instrumentos de fundamental importância para a efetivação desse direito fundamental social.

Efetivamente, a obrigação da prestação do mencionado serviço pelo Estado é um direito público subjetivo, outorgado pela atual Constituição Federal de 1988, a todas as pessoas que dele estejam necessitando, por não ter o devido acesso.

Quis a Constituição Federal, portanto, proporcionar a igualdade jurídica a um número indeterminado de indivíduos, para que eles tenham assegurado, além da saúde, o seu bem maior que é a vida, a fim de que não seja perdida a sua dignidade como pessoa humana.

Assim, deve-se registrar que a saúde reflete serviço público com características específicas, pois surge como uma das formas de garantia do direito à vida, localizado no *caput* do artigo 5º da CF, possuindo íntima relação com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o da Dignidade da Pessoa Humana, relacionado no artigo 1º, III, da Carta Constitucional.

Efetivamente, o direito à saúde apresenta uma grande amplitude, pois abrange desde a prestação de tratamentos diversos até mesmo ao fornecimento de medicamentos imprescindíveis à manutenção da vida, sendo manifesta a responsabilidade do Estado quer na hipótese de omissão na prestação do serviço de saúde quer em decorrência de serviços prestados de forma deficiente.

Vale ressaltar que a saúde também é tratada infraconstitucionalmente através da Lei nº 8.080/90, a qual dispõe sobre as condições para a sua promoção, proteção e recuperação, bem como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, merecendo –

juntamente com os dispositivos constitucionais, doutrina e jurisprudências – ser devidamente analisada, como de fato o fora.

Verifica-se que a omissão do Estado na prestação do serviço de saúde aos cidadãos, revela uma afronta ao nosso bem maior que é a vida, de maneira que poderá ser acionado judicialmente para a devida prestação do mencionado serviço, pois o direito à saúde se consubstancia num direito fundamental social que, como visto, é eivado de aplicabilidade imediata, devendo ser respeitado.

Entretanto, observa-se que existem vários meios que podem ser utilizados como forma de garantir a prestação e a efetivação do direito à saúde, constituindo-se como instrumentos capazes de colocar, em prática, as disposições constitucionais que regem o direito à saúde. Em se utilizando esses meios, estará se respeitando e concretizando o Estado Democrático de Direito.

O próprio artigo 197, da Constituição Federal brasileira de 1988, preconiza que ao Estado, diretamente ou através de terceiros, cabe garantir a efetivação das ações e serviços de saúde. Para tanto, existem alguns meios ou instrumentos necessários à consecução do direito à saúde, tais como: políticas públicas; ações judiciais que obriguem o Estado a prestar o serviço de saúde, e o responsabilize pela má-prestação; a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário; e também a participação popular.

Nessa esteira, observa-se o papel do Ministério Público como órgão encarregado de não só fiscalizar se os preceitos constitucionais estão sendo cumpridos, bem como de agir quando o direito à saúde não estiver sendo efetivado, através das ações cabíveis a cada caso concreto.

O Poder Judiciário também se mostra importante junto à defesa do direito à saúde, uma vez que não só tem a função jurisdicional de julgar as causas que lhe são trazidas pela iniciativa das partes, mas de intervir quando os preceitos constitucionais não estiverem sendo respeitados ou no caso de o Estado ser omissor na prestação e implementação das políticas públicas de saúde.

Importante é, também, o papel da participação popular, que se mostra eficiente e fundamental nesse processo de efetivação do direito à saúde.

Portanto, conforme demonstrado no desenvolvimento do presente trabalho, a sociedade tem à sua disposição vários mecanismos de defesa e efetivação do direito à saúde, bastando que sejam seriamente colocados em prática para que o problema de sua efetivação venha a ser solucionado.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (org. Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, Jackson Borges de. *A responsabilidade civil do Estado por danos causados aos agentes econômicos*. Recife: Bagaço, 1999.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 797, ano 91. mar. 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BODSTEIN, Regina. Democracia e cidadania: notas para um debate sobre direito à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*. v. 08. n. 01. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>.

BONELLA, Danielle Soncini. Participação da sociedade: emergência e consolidação do constitucionalismo social. *Constitucionalismo social: o papel dos sindicatos e da jurisdição da realização dos direitos sociais em tempos de globalização*. (organizadoras: Maria Clarissa Henning Leal, Maria Aurea Baroni Cecato e Dorothee Susane Rüdiger). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

_____. Lei 11.105, de 24 de março de 2005.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Márcio Iorio Aranha (Org.). Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. Brasília : Ministério da Saúde, 2006.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Brasil: legislação federal compilada- 1973 a 2006. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Caminhos do direito à saúde no Brasil / Ministério da Saúde,

Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Caminhos_do_Direitos_em_Saude_no_Brasil.pdf>.

_____. REsp 1041197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009.

_____. **REsp 749988** / SP. RECURSO ESPECIAL 2005/0080093-5. Relator Ministro LUIZ FUX. DJ 18/09/2006.

_____. STF. RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO. ADPF 45 MC/DF.

_____. STF, RE 241.630-2/RS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 1, de 3-4-2001.

_____. STF, RE 226.835, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 10-3-2000.

_____. STF, RE 267.612, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 23-8-2000.

_____. *Vade Mecum*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. STJ. AgRg no RESP 1084237 / RJ (2008/0187075-4). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento: 17.02.2009. Data da Publicação/Fonte: DJe de 17.03.2009.

_____. STJ. CC 102018 / SC. Conflito de Competência 2008/0277453-0. Relator: Ministro Herman Benjamin (1132). Órgão Julgador: S1 – Primeira Sessão. Data do Julgamento: 11.03.2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 23.03.2009.

_____. STJ. RESP 878080 / SC (2006/0182843-0). Relatora: Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento: 07.11.2006. Data da Publicação/Fonte: DJ de 20.11.2006.

_____. STJ. RMS 28338 / MG (2008/0264294-1). Relatora: Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento: 02.06.2009. Data da Publicação/Fonte: DJe de 17.06.2009.

_____. TJMA - **Apelação Cível: AC 192972002 MA** Relator(a): Raimundo Freire Cutrim. Julgamento: 26/12/2002. Órgão Julgador: IMPERATRIZ.

_____. TJMG. Remessa Necessária e Apelação Cível nº 1.0024.08.983692-8/001. Relatora: Exm^a. SR^a. Des^a. Albergária Costa. Terceira Câmara Cível. Data do Julgamento: 04.12.2008. Data da Publicação: 27.01.2009.

_____. TJRJ. Apelação / Reexame Necessário n.º 2008.227.00275, Sétima Câmara Cível. Relator: Dês. André Andrade. Data do Julgamento: 20.02.2009.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70023050545, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/03/2008.

_____. TJSP, 8.^a Câm. de Dir. Públ., AC n. 049.742-5/2-00/Guarulhos, rel. Des. Paulo Travain, v. u., j. em 9.12.1999, *RT* 778/246.

_____. TRF, 2.^a Região, 2.^a T., AC n. 99.02.20871-1/RJ, rel. Des. Federal Castro Aguiar, v. u., j. em 3.5.2000, RT 783/445.

_____. TRF, 2.^a Região, 2.^a T., AP n. 97.02.17297-7/RJ, rel. Des. Federal Paulo Espírito Santo, v. u., j. em 8.9.1999, RT 775/402.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. José Eduardo Faria (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes Canotilho e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, Cristiano; MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. *Direito Sanitário Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CÉSAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CHINELATO, Silmara Juny. *Direitos do nascituro*. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaEntrevistasDetalhe.aspx?CodEnt=25>>.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, Ano II, n. 8. jul – set. 2003. p. 151-161

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Disponível em: <<http://www.sbh.com.br>>.

COHN, Amélia. O estudo das políticas de saúde: implicações e fatos. *Tratado de saúde coletiva* (organizadores. Gastão Wagner de Sousa Campos [et al]). São Paulo: Huciter; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

CORDONI JÚNIOR, Luiz; PAULOS JÚNIOR, Ayton. Políticas públicas de saúde no Brasil. *Revista Espaço para a Saúde*. Londrina, v.8, n.1, p.13-19, dez.2006. Disponível em: <http://www.ccs.uel.br/espacoparasaude/v8n1/v8n1_artigo_3.pdf>.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. I, art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde - Evolução, Normatização e Efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (org. Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 2º volume: teoria geral das obrigações*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O estado atual do biodireito*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 1: teoria geral do direito civil – 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Zulmar. *Funções do Poder Judiciário: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>.

FERREIRA, Carla Rodrigues. *A efetividade do direito de liberdade de locomoção em uma sociedade altamente violenta*. Disponível em: <<http://www.doctum.com.br>>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 1983.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas pública. *Coleção Temas Fundamentais de Direito*. V. 1. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (Coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. p. 379-397.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HERMANY, Ricardo. Novos paradigmas da gestão pública local e do direito social: a participação popular como requisito para a regularidade dos atos da administração. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. (organizadores: Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal). Tomo 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

HIGA, Renato Kenji. *A dignidade da pessoa humana e o positivismo jurídico*. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com>>.

HUMENHUK, Hesterston. *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. *O princípio da legalidade na Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/doutconst13.htm>>.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *A responsabilidade civil e penal no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição - serafim: limites e possibilidades. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos* (organizadores, Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. tomo 6.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOMONACO, José Antônio; MARTORI, Flávia Vanini Martins. Responsabilidade civil do Estado por ato lícito. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, jul-ago. 2000. v. 6.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 52.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*. 4. ed. México: Porrúa, 1951.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAZZUOLÍ, Valério de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação: do pós-segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>.

MEDEIROS, Humberto Jacques. *Ministério Público: reforço do poder da cidadania e do controle social*. Disponível em: <<http://www.saude.ba.gov.br>>.

MELO, Milena Petters. *Cidadania e direitos humanos: uma nova práxis a partir da ordem constitucional de 1988*. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: junho, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*. n. 10. jan. 2002. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; PIRES, Denise Elvira Pires de. Direito à saúde: um convite à reflexão. *Cadernos de Saúde Pública*. v. 20. n. 03. Rio de Janeiro: maio/jun. 2004. Disponível em: <<http://www.scielosp.org>>.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ORDACGY, André da Silva. *Saúde pública: direito fundamental do cidadão*. Disponível em: <http://www.robsondpu.org/files/pub/119978665750135_Saude-Publica-Direito-Fundamental.pdf>.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (organizadora, Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006.

PINHEIRO, Roseni; GUIZARDI, Francini; MACHADO, Felipe Rangel S.; GOMES, Rafael da Silveira. Demanda em saúde e direito à saúde: liberdade ou necessidade? Algumas considerações sobre os nexos constituintes das práticas de integralidade. *Construção social da demanda: direito à saúde, trabalho em equipe, participação e espaços públicos*. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ: ABRASCO, 2005. p. 11-31.

PIOVESAN, Flávia. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constituintes programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, junho de 1992.

QUEIROGA, Marcos Alexandre B. Wanderley de. O controle judicial das políticas públicas e o papel do Ministério Público. *Revista Jurídica do Ministério Público*. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. João Pessoa: MP/PGJPB, CEAFF, ano 1, n. 1, jan./jun. 2007.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Teoria do Direito e teoria dos direitos humanos. *Direitos humanos: história, teoria e prática*. (organizador, Giuseppe Tosi). João Pessoa: Editora Universitária, 2005.

_____. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde – de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

REIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RIZKALLAH, Cristiane Barreto Nogueira. *O direito à saúde e o Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.mp.pe.gov.br>>.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *O direito à vida*. Disponível em: <http://www2.uel.br/cesa/direito/doc/estado/artigos/constitucional/Artigo_Direito_%C3%A0_Vida.pdf>.

ROSEVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. (Coleção Prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2005.

SÁ JÚNIOR, Luis Salvador de Miranda. *Desconstruindo a definição de saúde*. *Jornal do Conselho Federal de Medicina (CFM)* jul/ago/set de 2004, pg 15-16. Disponível em: <<http://www.unifesp.br/dis/pg/Def-Saude.pdf>>.

_____. *Diretrizes para a política de saúde de um governo popular e democrático*. *Cad. Saúde Pública* vol.3 no.3 Rio de Janeiro July/Sept. 1987. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X1987000300010&script=sci_arttext>.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

SEGATTO, Antônio Carlos. Princípios constitucionais e dignidade da pessoa humana como condicionantes à concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Ciências Jurídicas*. Universidade Estadual de Maringá, Curso de Mestrado em Direito. V. 1. n. 1. 1997. Maringá, PR: Stampa, 2003. p. 50-60.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 212: 89-94, abr./jul. 1998.

_____. Acesso à justiça e cidadania. *Revista de Direito Administrativo* 216/9-23. Rio de Janeiro: Renovar e FGV, abr.-jun. 1999.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SPITZCOVSKY, Celso. *O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1053, 20 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8382>>.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VASCONCELOS, Cipriano Maia de; PASCHE, Dário Frederico. O Sistema Único de Saúde. *Tratado de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006. p. 531-562.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.