

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE FRENTE A LIMITAÇÃO
ORÇAMENTÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS**
Luis Filipe Iwaki Martins

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE FRENTE AS LIMITAÇÕES
ORÇAMENTÁRIAS DOS ENTES FEDERATIVOS**

Luis Filipe Iwaki Martins

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2010

O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE FRENTE AS LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DOS ENTES FEDERATIVOS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito

RODRIGO LEMOS ARTEIRO
Orientador

GABRIEL LINO DE PAULA PIRES
Examinador

LUIZ ANTONIO MIGUEL FERREIRA
Examinador

Presidente Prudente/SP, 29 de outubro de 2010

**"Qualquer caminho que você decida tomar, existe sempre alguém para te dizer que você está errado. Existem sempre dificuldades surgindo que te tentam a acreditar que as críticas estão corretas. Mapear um caminho de ação e segui-lo até o fim requer...
coragem."**

Ralph Waldo Emerson

AGRADECIMENTOS

Agradeço à família toda, pelo irrestrito apoio que sempre me deram, em especial a minha mãe Claudia Iwaki que sempre esteve ao meu lado me incentivando e oferecendo grandes lições que foram essências para o meu desenvolvimento como pessoa.

Agradeço ao meu pai Luis Carlos Martins pelo amparo que sempre me prestou, sempre demonstrando o seu amor e carinho por mim e por minhas irmãs, tanto nos bons momentos, como em fases difíceis da vida.

Agradeço a minhas irmãs Vitória e Ana Luisa pelo companheirismo, apoio e fraternidade que sempre demonstraram ter em nossas relações, sendo elas, um dos principais motivos para sempre estar buscando melhorar e ser um bom exemplo a elas.

Agradeço aos meus tios por toda confiança em mim depositada, pessoas que sempre demonstraram muita afetividade em nossas relações e uma preocupação similar de pai e mãe, em especial ao meu tio Liogi Iwaki Filho, pela presença que se faz na minha vida, sendo um enorme exemplo de profissional, pessoa e pai e que me dá coragem e vontade de sempre vencer na vida e a minha tia Clélia Iwaki, a intitulo como minha segunda mãe, com seus precisos conselhos, pelo apoio que oferece irrestritamente quando passo por difíceis momentos e por sua alegria que a todos contagia.

Agradeço ainda a todos os meus amigos, pessoas de suma importância para mim e com certeza, após a família, o maior valor que qualquer indivíduo pode adquirir em vida.

Agradeço ao meu cunhado João pelo apoio que me deu na observação de importantes detalhes deste trabalho, bem como também pela boa pessoa que é e merecedor do meu respeito e amizade.

Agradeço ao meu orientador Rodrigo Lemos Arteiro, que com seus brilhantes ensinamentos e ilimitado conhecimento da ciência da Jurídica, me possibilitou angariar recursos suficientes para a realização desse trabalho.

Agradeço também ao Doutor Gabriel Lino de Paula Pires, Promotor de justiça, por ter aceitado o convite em compor a banca examinadora deste trabalho, visto que, na oportunidade em que pude com ele estagiar, aprendi a admirá-lo como profissional e como pessoa, sendo um dos grandes exemplos para a continuidade da vida jurídica.

Agradeço ao Doutor Luiz Antonio Miguel Ferreira, Promotor de Justiça, pela aceitação em me examinar na apresentação do trabalho. O seu vasto conhecimento jurídico, a sua brilhante carreira ao longo dos anos no Ministério Público, a sua exemplar e competente atuação na comarca de Presidente Prudente e a simplicidade e cordialidade em que lida com todas as pessoas, me faz entender impossível não tê-lo como um dos membros que compõem essa banca.

Agradeço ainda ao professor Sérgio Tibiriça do Amaral, coordenador do curso de Direito da Faculdade “Antônio Eufrásio de Toledo” pelo apoio que sempre demonstrou a minha pessoa ao longo dos anos de curso. Refiro-me a ele não apenas como um professor, mas como um amigo que pude criar ao longo desses anos.

A gratidão é a marca de quem busca agir com caráter e respeito, e entendo que apenas cresceremos como pessoa se estivermos envolvidos de pessoas que apresentam essas características, motivo pelo qual faço questão em mencioná-los de forma detalhada.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto primordial o estudo das normas que envolvem a proteção ao direito à saúde em nosso ordenamento pátrio. Para tanto, traça-se rapidamente um panorama da evolução histórica do surgimento dos Estados de Direito e os avanços relacionados a aquisição de direitos pelo homem. Num segundo momento, demonstrado já a evolução dos direitos de forma sintética, passa-se a análise dessa evolução aos olhos da teoria das dimensões de direito observando as características de cada dimensão e os reflexos sociais. Após, adentra-se a visualização das normas no atual ordenamento constitucional e infraconstitucional nacional, verificando as existentes regras e princípios que cercam o presente tema, buscando realizar uma análise mais aprofundada do direito. Por fim, será esse direito analisado sob a óptica dos Tribunais, visualizando o entendimento que os Ministros membros destes Tribunais adotam e as polêmicas levantadas atualmente, observando as influências jurídicas e sociais sobre o direito.

Palavras-chave: Estado de Direito. Dimensões de Direito. Direito à vida. Direito à Saúde. Reserva do Possível. Mínimo Existencial. STF. STJ.

ABSTRACT

This work focuses on the primary study of the rules involved with securing the right to health in our planning patriotism. To do so, draw a quick overview of the historical evolution of the Rule of Law and advances related to acquisition of rights by men. Secondly, we already demonstrated the evolution of rights in summary form, is the analysis of this evolution in the eyes of the dimensions of the theory of law by observing the characteristics of each dimension and the social consequences. After, enters the visualization of the standards in current constitutional and infraconstitutional, verifying the existing rules and principles surrounding this topic, seeking to perform a deeper analysis of the law. Finally, this law will be analyzed in terms of the courts, viewing the understanding that the members of these tribunals adopt Ministers and the controversies raised today, noting the legal and social influences on the right.

Key-Words: Rule of law. Dimensions of Law. Right to life. Reserve the Right to Health Possible. Existential least. STF. STJ

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 O ESTADO DE DIREITO: BREVE EXPOSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL E DO ESTADO SOCIAL	10
2.1 O Estado Liberal.....	10
2.2 O Estado Social.....	12
3 AS DIMENSÕES DE DIREITO	22
3.1 A Primeira Dimensão de Direitos	22
3.2 A Segunda Dimensão de Direitos	25
3.3 A Terceira Dimensão de Direitos.....	27
3.4 A Quarta Dimensão de Direitos.....	29
4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO À SAÚDE	30
4.1 Princípios Basilares	30
4.1.1 O Princípio do Mínimo Existencial.....	35
4.1.2 O Princípio da Reserva do Possível	38
4.1.3 O Princípio da Proibição da Proteção Deficiente.....	38
4.2 O Direito à vida.....	39
4.3 O Direito à saúde e a Seguridade Social	41
4.3.1 Breve comentário a Lei 8.080/90.....	42
5 O DIREITO À SAÚDE NAS LEIS INFRACONSTITUCIONAIS	43
5.1 O Estatuto da Criança e do Adolescente.....	45
5.1.1 Princípio da Proteção Integral	45
5.1.2 A Absoluta Prioridade.....	45
5.1.3 O Direito à Vida e a Saúde.....	45
5.2 O Estatuto do Idoso.....	45
6 A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE SOB A ÓPTICA DAS DIMENSÕES DE DIREITO	43

7 O DIREITO À SAÚDE E A SUA TUTELA NOS TRIBUNAIS	43
8 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou abordar a problemática relacionada ao direito constitucional à saúde e as suas dificuldades existentes nos dias atuais para efetivá-lo, de forma a levá-lo até a população de forma satisfatória.

Podemos afirmar que, nos tempos atuais muitos questionamentos são levantados em relação à efetividade de alguns direitos fundamentais, os quais por razões sociais e econômicas, não são oferecidos com equidade a todos os cidadãos, assim gerando discussões e dúvidas quanto a sua forma de aplicação.

Assim, necessário foi a realização do estudo visando estudar as características relacionadas ao direito à saúde, os seus desdobramentos e as relações que mantém com outros direitos constitucionalmente garantidos, fazendo uma análise histórica evolutiva, analisando-se desde a criação do Estado de Direito, seus desdobramentos e as evoluções jurídicas que ocorreram com o passar dos anos.

Vencida essa evolução histórica, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, buscou-se enxergar o direito frente as normas e princípios regentes desta Carta Política, observando então, a eficácia da norma relacionada ao direito à saúde e suas previsibilidades quanto a prestação deste aos cidadãos.

Ainda foi traçado um panorama do direito à saúde sob o aspecto das quatro dimensões de direito, que serviu como forma de demonstrar a evolução deste direito e as fases as quais foram superadas com o tempo.

Vindo dessa desenvoltura, após analisada as previsões constitucionais sobre o tema, foi também visualizado leis infraconstitucionais a respeito do assunto, demonstrando a importância do tema, já que, até mesmo em leis que tratam de assuntos específicos foi incisivo o legislador em demonstrar a necessidade de assegurar esse direito aos indivíduos atingidos pela lei nacional.

Frente a toda polêmica observada quanto ao tema, por final, fez-se necessário a observância do posicionamento dos Tribunais Superiores, visualizando o posicionamento tanto do STJ, como do STF a respeito do assunto, buscando assimilar as afirmações e dúvidas levantadas por ambos os órgãos.

O presente tema foi escolhido como objeto de estudo, frente a sua repercussão no mundo atual, tanto no mundo dos fatos, como no mundo dos direitos, pois depreende não apenas debates jurídicos teóricos, é possível visualizar também sérios efeitos na sociedade, criando assim, até mesmo um possível “clamor” dos cidadãos por uma posição concreta que de claridade a todos.

Assim, fez o estudo do tema visando através das normas jurídicas tentar esclarecer os embasamentos que amparam as discussões referentes ao tema, observando os seus princípios e regras e de uma forma simples e objetiva, chegar a uma conclusão que gere também efeitos práticos, não ficando apenas em bases teóricas.

Para a realização do estudo foram utilizados diversos materiais exclusivamente jurídicos que visam abordar o tema pretendido.

Referências bibliográficas como livros de consagrados autores e com alto respeito sobre as matérias abordadas, trabalhos científicos desenvolvidos por bacharéis e graduandos de Direito que também visaram a abordagem do tema, e por fim, foram utilizados julgados proferidos no STJ e STF, como também audiências de caráter público e recomendações lançadas que fossem possíveis de respaldar o trabalho.

Colhido todo o material e analisado as argumentações sobre o tema, tentou-se organizar o trabalho inicialmente propondo demonstrar o surgimento e a evolução do direito no decorrer dos tempos, visando o esclarecimento quanto a fixação do direito junto a sociedade, podendo depois de afirmado essa consolidação, visualizar e expor os princípios regentes do direito e as regras que resguarda-o.

Desse modo, através da apresentação de informações colhidas em distintos trabalhos realizados sobre o tema, usando como método para o seu desenvolvimento a análise histórica, como também a construção dos citados argumentos através da comparação de opiniões e a formação de um ideal conveniente ao nosso entendimento, frente aos argumentos demonstrados.

2. O ESTADO DE DIREITO: BREVE EXPOSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL E DO ESTADO SOCIAL

Para início de desenvolvimento, foi obrigatório recorrermos a breves conceitos e entendimento do que vem a ser o Estado.

Pacífico se faz em todas as doutrinas que Estado se trata de um território permanente o qual possui um grupo de indivíduos estabelecidos, e ainda, mas de maneira mais divergente, “(...) e que obedecem a um governo autônomo, no plano externo, e soberano, no campo interno”, conforme ACCIOLY, Hildebrando (1956, p. 109).

Com essa definição, percebemos como principal elemento do Estado para a evolução do trabalho o “grupo de indivíduos estabelecidos”.

Deste termo, extraímos o início do que vem a ser aqui discutido, ou seja, a existência de diversas pessoas, as quais irão conviver e terão direitos conflitados.

Destes conflitos de direitos, diversos litígios foram criados, sendo necessária a criação de ferramentas para solucioná-los. Dessa alça, vemos que na construção teórica jurídica, observamos a existência do Estado como um Ente possuidor de diversas qualidades, que unidas geram o convívio humano, e a ele é incumbido a regulamentação de regras para o convívio saudável e correto entre todos.

Imaginando-se que, em um universo onde diversas pessoas convivem, cada um com um interesse particular, obrigatoriamente surgirão conflitos, e a partir dessa idéia, passamos a enxergar que dessa idéia de uma organização de indivíduos que forma o Estado, conjuntamente é criado conflitos de interesses, que também caberá ao Estado observá-los e suprimi-los.

Partindo da explicação do parágrafo anterior, é possível aceitar que, em momento posterior do trabalho, quando adentrarmos na discussão quanto a esses problemas, essa prévia idéia aqui estabelecida será de grande valor para melhor elucidação, facilitando o desenvolvimento do trabalho. Mas antes ainda, necessário é introduzirmos a criação dos chamados Estados de Direito, observando-

se o Estado Liberal de Direito e o Estado Social de Direito, criações jurídicas fundamentais para entendermos a origem dos Direitos Sociais.

2.1 O Estado Liberal

O Estado Liberal teve como marco inicial o século XVIII, que se consolidou após fortes lutas dos indivíduos na busca de seu direito de liberdade e sua individualidade frente às barreiras que eram impostas pelo Absolutismo. Tendo como influência a Revolução Norte-Americana em 1776, da Constituição da Federação Norte-Americana de 1787 e principalmente da Revolução Francesa em 1789 que pregava a liberdade, igualdade e fraternidade, criou-se um Estado Liberal, que possuía como características a consignação de uma economia liberal, a aceitação ao direito de propriedade privada, igualdade jurídica, entre outros direitos tidos como direitos individuais.

Para explicar a origem do Estado Liberal é válido citar trecho da obra de JÚNIOR, Dirley da Cunha (2008, p.583/584) que traz em seus ensinamentos:

O liberalismo, portanto, tinha como traço característico o dispensar, tanto quanto possível, a presença do Estado na vida do homem. Seu propósito, assim, era excluir o Estado do domínio privado, interditando-lhe plenamente a ingerência nesse campo, em prol das liberdades públicas. Nesse contexto, sobressai-se a teoria liberal dos direitos fundamentais, segundo a qual estes são direitos de liberdade frente ao Estado, cumprindo ao ente estatal tão-somente garantir-lhes o exercício, sem qualquer embaraço. A concepção liberal do Estado nasceu de uma dupla influência: de um lado, do individualismo filosófico e político do século XVIII e da Revolução Francesa, que considerava como um dos objetivos essenciais do regime estatal a proteção de certos direitos individuais contra os abusos de autoridade; de outro lado, do liberalismo econômico dos fisiocratas e de Adam Smith, segundo o qual o Estado é impróprio para exercer funções de ordem econômica.

Esses direitos e mudanças se deram diante da necessidade que o povo tinha em afastar o Estado de suas influências sob alguns direitos relativos à pessoa, não atribuindo a ele a responsabilidade em tratar dos direitos sociais e econômicos, ficando a critério do próprio indivíduo adotar os métodos que entendia serem adequados. Deste modo, o indivíduo passou a ter direitos individuais, que em

sua essência eram conservados limitando o direito do indivíduo a esfera de não invadir direito alheio.

Nesta fase, muitas Constituições de diversas nações adotaram em seu texto legal a previsão de Direitos Individuais.

Tais idéias quando adotadas, possuíam total respaldo e possibilidade de eficácia no campo teórico, fato que não se consumou. Diversos problemas surgiram da adoção da individualidade nas relações econômicas, acumulando riqueza nas mãos de poucos indivíduos e assim, eliminando a livre concorrência e a livre iniciativa.

Com isso passou a ocorrer de forma significativa o crescimento da marginalidade, da criminalidade e de outros problemas antes não presentes. Neste momento começam a surgir traços de um Estado Social.

2.2 O Estado Social

Aqui também é possível percebermos marcos históricos identificadores da transição entre os Estados Liberal e Social, como a Primeira Guerra Mundial, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar em 1919. Todas essas fases influenciaram diretamente nas alterações que o Estado sofreu.

Neste momento, inicia-se a transição de um Estado Liberal, em que se pregava os direitos individuais, para um Estado de Direito Social, com a idéia do direito de igualdade, buscando assegurar direitos sociais, econômicos e culturais à população, buscando reverter o quadro crítico social que se alastrava pelos países que até então tinham a cultura liberal.

Com o fim de elucidar citado momento, oportuno é citar trecho do trabalho desenvolvido pelo Procurador Federal LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos (2006, p. 1), que em seu artigo publicado afirmou:

Esse movimento configurava a possibilidade de uma ruptura violenta do Estado Liberal, devido a grande adesão de operários do ocidente europeu. A burguesia, hesitando a expansão dos ideais pregados pela Revolução

Russa, adotou mecanismos que afastassem os trabalhadores da opção revolucionária, surgindo, então, o Estado Social, com as seguintes características: intervenção do Estado na economia, aplicação do princípio da igualdade material e realização da justiça social.

Como marco cronológico da implantação do Estado de Direito Social temos a Constituição Mexicana de 1917, do qual se caracterizou como a primeira Constituição Social existente. Essa Carta de Direitos manteve a idéia liberal quanto aos direitos individuais e políticos, mas acrescentou também aos direitos fundamentais os direitos sociais, demonstrando a nova postura do Estado em interferir nas relações econômicas.

Tais mudanças sociais atingiram grande expansão e em 1919, na Alemanha foi elaborada a Constituição de Weimar, principal texto legal no que se refere a Direito Sociais.

A partir de então, passou-se a valorizar direitos que visavam estabelecer um bem coletivo, exigindo-se do Estado interferência em algumas relações atinentes as relações sociais, como forma de pacificar as divergências criadas no antigo Estado.

3 AS DIMENSÕES DE DIREITO

Após essa breve exposição a respeito do que vem a ser Estado e os tipos de Estados que surgiram no decorrer dos tempos, cabe a nós, de forma até mais conceitual e pormenorizada explicitar essa evolução histórica, estabelecendo um vínculo entre as mudanças sociais e a evolução jurídica influente.

As sociedades e a vida humana estão em constantes mudanças, sendo necessário que os direitos fundamentais relacionados ao bem-estar do homem acompanhem essa evolução. Desse entendimento, passa-se a serem consideradas evoluções de direitos.

Essa afirmação que trazemos pode ser acoplada a idéia exposta por JÚNIOR, Dirley da Cunha (2008, p. 558), em sua obra que traz “É esse movimento

histórico de expansão e afirmação progressiva dos direitos humanos fundamentais que justifica o estudo de sua evolução no tempo.”.

Desse modo, os estudiosos passaram a dividir a evolução dos direitos fundamentais e as denominaram como Gerações de Direito, surgindo controvérsias quanto à nomenclatura dada.

Alguns autores passaram a entender que atribuir o título de Gerações a essas evoluções do Direito Fundamental estaria se colocando uma situação em que com o surgimento de novo direito fundamental do homem, o anterior estaria sendo apagado, excluído do campo fundamental. SARLET, Ingo Wolfgang (2001, p. 49) apud E. Riebel (1989, p. 24) em sua obra *A eficácia dos Direitos Fundamentais* discorre sobre a divergência:

Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição está que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. Neste contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, a que se chama de “fantasia das chamadas gerações de direitos”, que, além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se subsistem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento.

De modo mais convincente e compreensivo é apresentado na obra de JÚNIOR, Dirley da Cunha (2008, p. 561) apud FILHO, Willis Santiago Guerra (2001, p. 39), o qual expôs um ótimo entendimento quanto a essa polêmica e valioso se faz citar a citação feita:

Que ao invés de ‘gerações’ é melhor se falar em “dimensões de direito fundamental” (...), não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecerem em uma ordem jurídica que já traz direitos de geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental

Assim, percebemos que a crítica feita se dá em razão do entendimento pacífico que com a evolução da sociedade, de seus compromissos e modo de viver gerou inúmeros direitos ao ser humano, os quais se adequavam ao tempo e à necessidade. Superada esta necessidade, o direito fundamental se consolidava como de caráter pessoal e, diante das novas necessidades criadas, buscavam-se outros direitos fundamentais com o fim de serem acrescidos ao rol de direitos pertencente ao homem.

Findado a breve narração quanto ao título dado a essa evolução de Direitos, passamos agora a percorrer a Primeira e Segunda Dimensões de Direito, as quais possuem grande importância para o Trabalho.

3.1 A Primeira Dimensão de Direitos

A Primeira Dimensão de Direitos, a qual nasceu durante o Estado Liberal, possuiu como principal característica a defesa pelos direitos individuais, como a liberdade, a propriedade, etc.

Após o período em que se operou o Absolutismo, a população buscou se desvincular das obrigações impostas pelo Estado, e motivou-se a “brigar” por seus direitos. Assim, a procura se deu por direitos atinentes a pessoa no seu sentido singular e o homem passou a buscar sua independência, se desvincular do Estado.

Esse período se deu entre os séculos XVIII e XIX e foi denominado Estado do *laissez faire et laissez passer*. Durante este tempo, muitas Constituições são criadas pelas nações existentes e, ainda, possuindo previsão legal quanto aos direitos individuais. Denota-se aqui, uma grande evolução na vida humana, passando a vincular direitos ao homem de forma garantida e de algum modo segura.

Os direitos instituídos ao homem eram denominados de direitos de caráter “negativo” ou simplesmente “liberdades negativas” (Cunha Junior, Dirley da – Curso de Direito Constitucional – pág. 563), ou seja, excluiu-se de forma quase total o Estado da vida do indivíduo.

Esse primeiro direito fundamental adquirido pela sociedade motivou a busca de novos direitos, e em razão dessa necessidade e em conjunto com as mudanças sociais, como a criminalidade, a concentração da riqueza nas mãos de poucos, iniciou-se a criação da Segunda Dimensão de Direitos que tutelavam pelos Direitos Sociais.

3.2 A Segunda Dimensão de Direitos

Conforme narrado, após o homem conquistar os seus primeiros direitos fundamentais, os quais eram relacionados a idéia de liberdade, passou-se a existir a necessidade de surgirem novos direitos fundamentais ao homem, deste modo, passa-se a nascer os direitos sociais, os quais buscavam que o Estado não fosse totalmente omissos a situação do homem, e passou a exigir a presença do Estado em muitas situações, com o fim de proteger e tutelar os direitos do Homem. MAGALHÃES, José Luiz Quadros (2000, p. 217) apud LOEWENSTEIN, Karl (1970 p. 399) em seu trabalho de Direito Constitucional, expôs sobre o tema:

Não bastavam mais às classes trabalhadoras a liberdade e a igualdade oferecidas pelas Constituições liberais na sua lista de direitos individuais fundamentais: os economicamente fracos exigiam proteção contra os economicamente fortes; necessitavam de serviços públicos e leis que os protegessem da miséria, da enfermidade e da incapacidade de trabalho devido à idade.

Dentro dos Direitos Sociais que surgem citamos os direitos do trabalhador, direito à greve e o mais importante para o nosso trabalho, o direito à saúde.

Esses direitos se consolidaram, mais precisamente após a Primeira Guerra Mundial, nas primeiras décadas do Século XX.

Passa-se a esperar do Estado ações as quais tragam benefícios e evoluções ao homem, inicia-se uma cobrança da intervenção do Ente Estatal na vida do indivíduo, assim, o estruturando para crescer e suprir suas necessidades, nesse

sentido é o exposto pelo professor JÚNIOR, Dirley da Cunha (2008, p. 691/692) sobre os Direitos Sociais:

Os direitos sociais, em suma, são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

A consolidação desses direitos sociais se deu pelo Mundo à fora, como primeiramente na Constituição Mexicana de 1917, depois na Constituição Russa de 1918 e a principal Constituição, a qual foi responsável pela efetivação desses direitos sociais, a Constituição alemã de Weimar de 1919. Esta foi o grande marco para a evolução dos Direitos Sociais, influenciando até no Brasil que em 1934 promulgou sua primeira Constituição que tratava de matéria referente aos Direitos Sociais.

A partir de então, o Estado Brasileiro passou a adotar as regras de direitos sociais em seu Ordenamento, as quais refletem até hoje em nosso âmbito jurídico, gerando dúvidas, divergências e grandes debates sobre o tema, o qual foram posto panos quentes, na promulgação da Constituição Federal de 1988 que buscou melhor tratar do assunto, conforme pensamento do autor acima citado:

A Constituição de 1988 avançou muito em relação aos direitos sociais. Pondo fim a uma discussão doutrinária estéril, inseriu os direitos sociais no título II que trata dos direitos fundamentais, não deixando mais qualquer dúvida quanto à natureza deste direito: os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, com força normativa e vinculante, que investem os seus titulares de prerrogativas de exigir do Estado as prestações positivas indispensáveis à garantia do mínimo existencial. (JÚNIOR, Dirley da Cunha 2008, p. 694)

Assim, consolidaram-se os direitos fundamentais sociais e novos surgiram, como o já citado direito à saúde.

Como qualquer outro direito, o direito social à saúde não possui caráter absoluto, gerando, portanto, enormes divergências quanto a sua eficácia e aplicação no campo social.

A ideia transmitida pelo Estado Social é de um Estado agindo positivamente, ou seja, interferindo na vida do indivíduo sem que este chame pela ajuda estatal, desse modo entendemos que a ele cabe a obrigação em prestar os Direitos Sociais de forma total e igualitária ao povo, com o fim de extinguir as desigualdades presentes com relação a esses direitos.

É neste momento que verificamos o início de muitas divergências com relação à efetivação do direito, pois, inúmeras necessidades distintas existem, assim, será necessário por parte do órgão estatal um maior cuidado e empenho para que esse direito chegue até a população e atenda as suas reais necessidades.

Nos tempos atuais, verifica-se de forma fácil e clara um sério problema quanto à aplicação do direito à saúde dentro da tarefa imposta ao Estado em tutelá-lo, já que, ao impor ao Estado responsabilidade total no cumprimento da garantia à saúde dos indivíduos, entraremos em um campo de debate que envolverá outros valores, os quais também deverão ser avaliados como as desigualdades sociais existentes e a ponderação da proporcionalidade da atuação do Estado, como por exemplo, no caso de duas pessoas de condições econômicas que distintas precisam da tutela do Estado para efetivar o seu direito e o recurso é existente apenas para uma delas. Neste caso, sairemos da singular análise ao direito social e passaremos a observar outros princípios e direitos a fim de que ocorra uma aplicação correta e digna por parte do Estado.

Desse conflito brevemente exposto, surgem como pilares de sustentação dois princípios básicos: o Princípio do Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível, os quais serão melhores abordados no tópico seguinte.

A ideia final desta última exposição no tópico é buscar demonstrar dificuldades que existem quando esse direito à saúde passa para o campo prático, sendo necessária a análise de outros importantes valores como a carga orçamentária estatal, poder econômico pessoal do indivíduo, necessidade e até outros menores valores.

É importante que seja garantido a todos os que precisam o direito à saúde, com o fim de que se garanta também um sobreprincípio, o da Dignidade Humana.

Deste ponto, é crucial também a reflexão quanto a dois princípios norteadores da efetivação do direito à saúde, o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível, que tratam e são aplicados como forma de melhor efetivar os direitos

sociais à saúde, sendo que um deles analisa as características do indivíduo e suas necessidades com o fim de ter garantido o mínimo para uma vida digna, enquanto o outro princípio trata das possibilidades e atuação do Estado na vida da pessoa no sentido singular, impondo algumas barreiras na atuação Estatal.

3.3 A Terceira Dimensão de Direitos

Dentro da escala das dimensões de Direitos criada pela doutrina, devemos ainda mencionar a terceira dimensão destes direitos, construção recente que se considera ainda em fase de desenvolvimento de estudo. Esta geração tem como pilar central de sua ideia a coletividade social. Diferentemente da primeira e da segunda geração, nas quais em uma se tutelava a liberdade do indivíduo e na outra os direitos de igualdade sociais a serem prestados a um ser humano singular, na terceira dimensão podemos falar que se inicia um estudo voltado a observar as necessidades e os direitos da coletividade, da sociedade como um todo.

Com essa definição básica, o entendimento do tema fica restrito, devendo ser citado trecho da obra de Paulo Bonavides, eficaz na explicação do que consiste a terceira dimensão:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Essa idéia se coaduna também a sustentação doutrinária encontrada no artigo do professor PRADO, Henrique Sartori de Almeida, que discorre sobre a terceira dimensão:

Então, passadas as duas dimensões iniciais dos direitos fundamentais, em inspiração aos ideais da liberdade e igualdade, entramos no momento da terceira dimensão dos direitos fundamentais, a que se refere aos direitos da fraternidade e de solidariedade. Estes direitos transcendem o homem-indivíduo para atingir outros grupos da sociedade como, por exemplo: a família, a nação, etc.

Estes direitos são classificados como direitos coletivos ou difusos. É tido como exemplo nos dias atuais, o Código de Defesa do Consumidor, Lei

8078/90, onde nesta lei, se reconhece a vulnerabilidade do consumidor face ao fornecedor, além de verificar e apontar instrumentos de defesa e proteção à parte hipossuficiente da relação de consumo, o consumidor (Art. 4, I, CDC).

Sendo assim, podemos pautar o direito ao meio ambiente sadio, o direito do consumidor, o direito ao desenvolvimento econômico sustentável, o patrimônio comum da humanidade, o direito a paz, dentre outros desta linha, como fundamentais de terceira dimensão.

Lembrando que estes direitos, classificados como metaindividuais, são passíveis da atuação do Estado, sendo este seu tutor legal, ou seja, tem sua ação efetiva ligada a presença positiva do Estado.

Desta forma, podemos entender que os direitos fundamentais foram se aperfeiçoando ao longo do tempo e de acordo com a necessidade do homem, onde este, sempre primando pela sua existência, desenvolvimento e preservação de suas vontades individuais e coletivas.

Vimos, assim, que ao longo do tempo, com o desenvolvimento do Estado e o passar dos séculos os direitos passaram por três dimensões: da fase dos direitos civis e políticos, da fase dos direitos sociais, econômicos, trabalhistas e culturais, e por fim, chegando aos direitos coletivos e difusos. (Prado, Henrique Sartori de Almeida – As dimensões dos direitos fundamentais e seu perfil de evolução - www.jurisway.org.br – acesso em: 19/10/2010 - http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=937)

Podemos afirmar que, com essa evolução das reais necessidades do homem, algo natural de se ocorrer, também houve a necessidade da realização de uma construção de forma paralela da avaliação dos direitos que foram sendo criados, surgindo então essas dimensões de direitos.

Na presente dimensão, o que se viu foi a necessidade de se observar como regra a atenção ao que é denominado relações interpessoais, ou seja, os direitos vistos no que tange a coletividade, assim pregando e visualizando as carências da sociedade e formas de protegê-la. Não se espera aqui a proteção de um indivíduo na forma singular, ou de uma classe determinada de pessoas, mas sim, passa-se a falar nos direitos difusos e coletivos, que atingem de forma irrestrita diversas pessoas, todas elas partes de uma sociedade.

Desse modo, importante mencionar esse momento, pois, dentro também da saúde deverão ser observadas políticas públicas que atinjam a população em sua coletividade e, por mais que seja importante a observação da segunda dimensão neste trabalho, haverá à necessidade mais à frente de analisarmos o direito constitucional à saúde sob a óptica dessas dimensões. É importante mencionarmos a ideia central de todas, para que posteriormente seja observada de forma mais correta e clara, visto ainda que essa terceira dimensão de direitos possui claro andamento junto ao direito à saúde. Aqui vemos que também existe a prestacionalidade do Estado nas políticas públicas, e assim, deverão ser

adotadas medidas que tutelem a ideia da proteção coletiva, assegurando-se também medidas de proteção à saúde, como forma de tutelar a Humanidade.

Em nosso ordenamento, já encontramos sinais da terceira dimensão de direitos, como no caso da previsão constitucional sobre o Meio Ambiente em seu artigo 225, entre outros grandes exemplos.

3.4 A Quarta Dimensão de Direitos

Por último, a quarta dimensão de direito é a mais nova construção doutrinária existente, sendo adotada por grande parte da doutrina pátria, mas com alto índice de discussão, por não existir previsões legais e internacionais a respeito desta dimensão de direitos.

Nesta quarta dimensão encontraremos os direitos relacionados à democracia direta e os direitos relacionados à biotecnologia.

Observa-se aqui, a inteligência de que com a globalização atual, existe também uma globalização política, dos direitos fundamentais, onde veremos uma humanização dos direitos, atingindo a todos e alcançando os direitos necessários.

Extrai-se essa afirmação do raciocínio criado por BONAVIDES, Paulo (2003, p. 571), em seu Curso de Direito Constitucional:

Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir.

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.

Ainda dentro dessa dimensão, é possível avistar a ideia dos estudos biotecnológicos, como caracterizadores dessa dimensão.

Com o avanço da tecnologia e dos estudos científicos, diversas mudanças foram possíveis de acontecer, dentre elas, as pesquisas, como os estudos com manipulação genética, mudança de sexo, entre outros estudos que

envolvem a integridade física e psíquica do homem, atingindo, conseqüentemente a sua saúde.

Tema presente em muitos debates atuais, a mutação genética e a sua manipulação, como nos casos dos estudos embrionários e das células tronco, muitas discussões foram angariadas quanto à legalidade e até mesmo à moralidade destes estudos à sociedade.

O que nos interessa, é observar a saúde sob o prisma dessas evoluções e as interferências que acarretam esses estudos, e a globalização dos direitos fundamentais, que gera a ideia de uma análise de toda essa polêmica, tendo como o principal seio de observação o Homem. Assim, deveremos ver os direitos fundamentais do Homem, avistando as outras três dimensões existentes, como forma de melhor garanti-los e aplicá-los e, então, concluirmos a respeito desse avanço científico dos estudos científicos e suas interferências na saúde humana.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988, principal texto normativo de nosso Ordenamento, aderiu ao movimento o qual passou a ser adotado em praticamente todas as Cartas Maiores de outras Nações e trouxe em seu corpo diversas previsões de caráter social, adotando-se uma Constituição social.

Nesse sentido, podemos citar a seguinte idéia:

“A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essências uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referente a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado Liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.” (BONAVIDES, Paulo, 2003, p. 371)

A partir deste pensamento trazido pelo professor Paulo Bonavides, que afirma termos uma Constituição de Direitos sociais, ou seja, que se tem como

caminho ideológico a tutela pelos valores sociais, a proteção ao homem e a imposição de obrigações e deveres ao Estado como forma de cumprir com o que se faz adequado para a consumação desse direito, podemos começar a caracterizar a nossa Carta Magna e construir um simples alicerce para o restante do desenvolvimento do estudo.

Ainda quanto à classificação imposta ao Texto Maior, importante nos faz citarmos a denominação dada de Constituição Dirigente, por ditar obrigações ao Estado, como forma de efetivar direitos fundamentais, assim, expondo políticas públicas que serão fundamentais na efetivação dos Direitos pertencentes ao Homem.

Dessa maneira entende-se:

Sendo assim, temo-la, sem dúvida, como uma Constituição “Social”, “Dirigente”, “Compromissária”, “promissora”, e “aberta ao futuro”, alinhando-se com o conceito de Constituição constitucionalmente adequado aqui apresentado, haja vista que ela não é um mero instrumento de governo que fixa competências e ordena processos, mas sim, para além disso, um plano normativo global que enuncia metas, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade. (JÚNIOR, Dirley da Cunha, 2008, p. 132)

Vimos que no passado o Estado era omissivo nas relações entre homens, atuando minimamente nelas e autorizando a liberdade, o direito da auto-escolha. Pois bem, com a evolução dos tempos, conforme já exposto, houve a necessidade de alterações dentro desse campo de relação, e passou-se a exigir uma atuação plena do Estado frente aos direitos do homem, entre eles, os direitos sociais, como o da saúde, como forma de trazer o bem estar às pessoas e também atribuir ao Estado obrigações perante à sociedade.

Assim, em nossa atual Constituição, não diferente poderia estar previsto, e conforme se observa, criou-se um ordenamento que, além de ditar direitos e deveres à Sociedade, assegurando a ela direitos e princípios basilares para a existência digna do Homem, impôs também regras a serem adotadas pelo Estado, em outras palavras podemos dizer que são normas que atribuem condutas a serem seguidas pelo Estado.

Dessa forma, é o entendimento exposto pelo professor CARVALHO, Kildare Gonçalves (2010, p. 749/750):

São direitos de *status positivus*, já que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado, como o objetivo de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais para o exercício da liberdade. Envolvem a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante a instituição e execução de políticas públicas.

Com essa perspectiva toda criada, o legislador buscou traçar ideais que pudessem criar um ciclo normativo que tutelasse de forma eficaz os direitos fundamentais, tendo então um próprio Capítulo o qual aponta e assegura o direito à saúde ao ser humano, direito este elencado dentro do título dos direitos e garantias fundamentais e considerado cláusula pétrea.

A Constituinte ao inserir os Direitos sociais em nosso ordenamento não o fez de forma equivocada ou sem maiores consequências. Houve toda uma construção lógica para o desenvolvimento.

Vive-se hoje em um tempo em que a disponibilização de direitos ao Homem se tornou extensa, tratando-se da principal função do Estado e do principal direito de um Indivíduo, que é ter assegurado e previsto diversos direitos que garantam o essencial para subsistir a vida.

Como complementação dessa posição, válido é mencionarmos trecho da obra de JÚNIOR, Dirley da Cunha (2008, p. 132):

O sentido compromissário da Constituição de 1988 está bem evidente no seu preâmbulo, que afirma ter sido ela elaborada para instituir um Estado Democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Ainda:

Ademais disso, a Constituição de 1988 tem por fundamento declarado a “cidadania” e a “dignidade da pessoa humana”, entre outros, e por objetivos fundamentais “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Quando se fala no essencial, estamos afirmando o suficiente para assegurar a dignidade à pessoa humana e, para assim ser, cria-se

consequentemente a ideia de que não mais se deve apenas reconhecer esses direitos, mas deve haver meios para sua efetivação. Assim, se constrói a ideia do dever prestacional de Direitos pelo o Estado.

Os atuais Direitos sociais encontram-se com previsão normativa no artigo 6º da Constituição Federal e lá observamos diversos direitos enumerados, entre eles o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, entre outros.

4.1 Princípios Basilares

Conforme breve narração acima, a qual orientou as ideias dos princípios por ora expostos, interessante nos faz conceituá-los e avaliá-los como forma de melhor entendermos o tema.

Inicialmente, incube-nos refletirmos tendo como objeto principal de análise o homem, no sentido Ser Humano.

O Texto Constitucional de 1988 nos garantiu um grande rol de direitos, como forma de dignificar o ser humano. Assim, correto é perceber que para que um indivíduo esteja com seus direitos resguardados, condições fáticas necessitam existir, pois só assim veremos a efetivação dos direitos.

Entretanto, imaginarmos que a todo homem serão garantidos de forma plena os direitos previstos na Carta Magna e ainda aguardar a prestação destes pelo Estado é um tanto quanto equivocado. Certo é que ponderações deverão ser tomadas para que se apliquem os direitos sociais (direito à saúde) da forma mais adequada e correta.

4.1.1 O Princípio do Mínimo Existencial

O Mínimo existencial afirmado pela doutrina trata-se da idéia em defender ao indivíduo a prestação de direitos que garantam e assegurem o seu mínimo para existir, para sobreviver. Apenas essa definição não é suficiente para compreensão de tal princípio, é preciso também, uma análise detalhada do princípio, detectando elementos os quais deverão existir para que possamos melhor enxergar.

A primeira dúvida que surge nesse tema é o grau em que se espera desse mínimo existencial do homem, ou seja, quantificar e qualificar os direitos básicos para que esse ser humano seja considerado possuidor dos seus direitos mínimos.

A idéia que se defendia e era entendida por alguns Entes Estatais seria do pensamento que, existindo as mínimas condições de vida do homem, este estaria satisfeito, não cabendo a ele exigir do Estado a tutela de outros direitos.

Desse modo, fácil se acharia que o Estado apenas fosse atuar na vida particular do homem em situações raras, as quais obrigatoriamente deveria agir.

Contrário a essa idéia é o raciocínio feito entendendo que o Mínimo Existencial ao homem não envolve apenas condições mínimas de vida. Além disso, é necessário fornecer a ele condições de melhor saúde, de dignidade, de preservação da vida, entre outros direitos, os quais, unidos, irão garantir o mínimo exigido. Deste pensamento, compartilho da idéia lançada pelo professor LIMA, George Marmelstein que em seu artigo sobre o tema asseverou:

O importante é que, mesmo que se aceite a teoria do mínimo existencial, deve-se tentar ampliar ao máximo o núcleo essencial do direito, de modo a não reduzir o conceito de mínimo existencial à noção de mínimo vital. Afinal, se o mínimo existencial fosse apenas o mínimo necessário à sobrevivência, não seria preciso constitucionalizar os direitos sociais, bastando reconhecer o direito à vida. (Lima, George Marmelstein – Mínima Existencial, Reserva do possível e Direito à saúde – Artigo Publicado na Internet - <http://direitosfundamentais.net/2008/10/27/minimo-existencial-reserva-do-possivel-e-direito-a-saude/>)

Diante disso, observamos o ponto ideológico que se busca aqui mostrar quanto ao mínimo existencial de que ele tem que ser interpretado não de forma limitadora e de exclusão de responsabilidade do Estado com seus deveres, mas sim, como forma de melhor aplicar os recursos financeiros estatais e ser jutos na identificação dos que precisam do socorro do Estado, conseguindo assim trazer eficácia na tutela do direito social à saúde, sem limitá-los com base em critérios superficiais de aplicação normativa.

4.1.2 O Princípio do Reserva do Possível

Vencido esse primeiro ponto relacionado à pessoa a quem o direito é assegurado, é importante também mencionar a ideia orçamentária do Estado, analisando o Princípio da Reserva do Possível, cláusula nascida e criada na Alemanha, a qual defende que necessário se faz analisar e buscar da melhor forma possível a aplicação dos recursos financeiros estatais, assim, atendendo conforme as possibilidades do Estado.

Porém, citado princípio tem sido muitas vezes aplicado de forma equivocada e desenfreada, tornando-se hoje argumento estrutural do Estado para negar a tutela a quem a requer. Na concepção do Estado, basta a alegação de que os recursos são insuficientes, que isento ele estará em prestar com o seu dever.

O conceito de Reserva do Possível está ligado à ponderação do orçamento público destinado a efetivar esses direitos sociais. Fica a cargo, portanto, do Poder Estatal administrar e direcionar de forma correta os recursos aos setores destinatários. Determinada a distribuição das riquezas, ao Estado é passado a obrigação de aplicar de forma integral para satisfazer o povo em suas carências, sendo totalmente aceitável o plano de que ao Estado não está firmada a obrigação de investir além dos recursos que possui.

A controvérsia que gera no âmbito jurídico é em relação à constatação e confirmação de que os recursos estão escassos, porque simplesmente alegar a reserva do possível não é suficiente para se aceitar a omissão do Estado com seus deveres, necessitando desse modo uma verificação pormenorizada.

Vale ressaltar também a forma que esse recurso é aplicado, pois apenas aplicando-o corretamente será efetivado o Direito à Saúde atendendo ao Mínimo Existencial do Ser Humano e a Reserva do Possível. É preciso observar as diferenças dos indivíduos que necessitam da tutela estatal e suas condições econômicas, sendo esperado que a aplicação seja proporcional a essas necessidades, dando melhor direcionamento ao dinheiro público.

Após essa análise, cabe retornarmos ao campo da atuação do Estado como forma de efetivar o direito social à saúde.

Conforme já narrado, a Segunda Dimensão de Direitos, em que estão elencados os direitos sociais, possui como principal característica a atuação direta e eficiente do Estado na vida do indivíduo. Assim, cria-se uma obrigação do Estado em atuar, não podendo aceitar que o indivíduo necessite dirigir-se até ele e demonstrar sua necessidade pela tutela. Ao Estado cabe o dever de ser presente na preservação desse Direito e adotar medidas positivas.

Consoante a essa ideia, aceitável é o entendimento de que quando o Estado se omite com sua obrigação de prestar esse direito, ele estará de certa forma adotando uma postura tida como inconstitucional, já que existia uma obrigação designada ao Estado que não foi realizada conforme se esperava.

Sobre o tema, cito trecho do voto da Ação de Inconstitucionalidade nº 3.682-3 – MT, proposta no Supremo Tribunal Federal, onde o relator Gilmar Mendes expôs breve relato, mas claro quanto ao tema:

É, todavia, salutar o esforço que se vem desenvolvendo, no Brasil, para descobrir o significado, o conteúdo e a natureza desses institutos. Todos os que, tópicos ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão inconstitucional, hão de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. **Ela é fundamental, sobretudo, para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito Democrático**, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo políticos tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinala-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição **(grifo nosso)** (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.682-3 – Mato Grosso – Rel. Gilmar Mendes – Superior Tribunal Federal – Tribunal Pleno – d.j 09/05/2007 - página 10)

Vemos então, que ao Estado estão atribuídas responsabilidades que devem ser relevadas e atendidas por esse Ente, que possui alta carga de responsabilidade na efetivação de direitos fundamentais do ser humano.

4.1.2O Princípio da Proibição da Proteção Deficiente

O Princípio da proteção deficiente ou insuficiente (denominação doutrinária) possui como conceito-chave a impossibilidade do Estado e da Lei em faltar com a ponderação suficiente para concretizar os direitos fundamentais da pessoa, ou seja, não será permitida uma omissão do Estado ou da Lei que desampare os direitos fundamentais do Homem. Neste sentido são as sábias palavras do professor GOMES, Luiz Flávio:

Por força do princípio da proibição de proteção deficiente nem a lei nem o Estado pode apresentar insuficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais, ou seja, ele cria um dever de proteção para o Estado (ou seja: para o legislador e para o juiz) que não pode abrir mão dos mecanismos de tutela, incluindo-se os de natureza penal, para assegurar a proteção de um direito fundamental. (*Princípio da proibição de proteção deficiente*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> Publicado em: 16 dezembro. 2009.)

Ainda, consoante a idéia da proibição da proteção deficiente, citamos trecho da obra do professor SARLET, Ingo Wolfgang (2001, P. 132) que descreve:

A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (...) (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, n.º 98, junho/2005, p. 132.).

Portanto, se observa que esse princípio é como uma extensão da proporcionalidade, visto por um outro lado, ou seja, aqui também visa a proteção dos direitos fundamentais de formar adequada e correta. Na proporcionalidade, de forma superficial podemos dizer que há a aplicação da ponderação como forma de excluir

conflitos de direitos fundamentais e garantir o melhor ao cidadão, afastando abusos e ilegalidades que o Estado possa vir a cometer contra os direitos do homem.

Já no ponto de vista do princípio da proibição da proteção deficiente, o que se afirma é que aqui não há uma ação do Estado que viole os direitos fundamentais do homem, mas sim uma omissão no dever de cumpri-lo e efetivá-lo, assim tornando ineficaz o direito e o Estado não agindo conforme sua atribuição.

No Estado Social de Direito, onde se afirma que a sociedade esperará do Estado ações positivas que visem melhorias de vida ao homem, não se faz claro aceitarmos que ele se omita ao seu dever, deixando de arcar com suas prestações e assim suprimindo direitos.

Dessa idéia, surge a proibição do Estado em proteger os direitos do cidadão de forma deficiente.

4.2 O Direito à Vida

Mas antes de passarmos a observar o direito à saúde, nos esta entender outros direitos e princípios que estão previstos também Constitucionalmente e que possuem íntima ligação com o direito aqui estudado.

Para podermos imaginar a proteção ao Ser Humano de sua saúde, obrigatoriamente enxergamos a necessidade da existência de vida deste, pois sem ela, a própria ideia da tutela a saúde fica equivocada.

Portanto, primeiramente vamos traçar um panorama do Direito à Vida, direito pelo o qual é trazido pela Constituição Federal de 1988, com previsão no *caput* do Artigo 5º, que traz:

“Art. 5º - 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, nos termos seguintes:”

Este direito, em consonância com que a totalidade da Doutrina Constitucionalista Pátria traz, é tido como o principal direito previsto, posto que, sem

ele impossível seria a existência de todos os outros. Assim, se faz também o entendimento de DA SILVA, José Afonso (2008, p. 198), em sua obra de Direito Constitucional Positivo, ao afirmar que *“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”*.

Ainda encontramos respaldo nessa idéia junto a obra de Carvalho, Kildare Gonçalves (2010, p. 760):

O primeiro direito do homem consiste no direito à vida, condicionador de todos os demais. Desde a concepção até a morte natural, o homem tem o direito à existência, não só biológica como também moral (a Constituição estabelece como um dos fundamentos do Estado a “dignidade da pessoa humana” – art. 1º, III).

Desse modo, não poderíamos deixar passar despercebido esse direito fundamental, sendo necessário discorrermos sobre ele, como forma de demonstrarmos indiretamente o valor do direito à saúde.

O Direito à vida não se limita a “manter-se vivo” como literalmente possa se parecer. Mais do que qualquer manutenção da vida, a preservação desse direito se faz, pela manutenção, preservação e conservação dela, sendo necessários diversos amparos para que seja efetivado, como tutelar por uma vida saudável e de qualidade, observar meios preventivos e curativos de doenças, dar condições para que o indivíduo exerça seu direito com plena capacidade e, acima de tudo, dignidade, usufruindo de forma total e plena (dentro da possibilidade existencial) do seu direito.

Esse pensamento é compartilhado pela doutrina pátria que se atenta em sempre destrinchar o Direito Constitucional à vida, e não apenas no direito por si só, como também na manutenção dela, da existência, da preservação da integridade física e moral, além de outras classificações adotadas, onde todas estão intimamente ligadas ao ser humano, como forma de protegê-lo de qualquer eventual abuso que possa vir a sofrer, conforme Carvalho, Kildare Gonçalves (2010, p. 761) *“O direito à vida traduz-se no direito de permanecer existente e no direito a um adequado nível de vida.”*

Também é válido citarmos trecho do trabalho desenvolvido pelo advogado SPITZCOYSKY, Celso que em seu artigo publicado destrinchou:

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. (SPITZCOYSKY, 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: 16 out. 2010.)

O Direito à Vida se for analisado em sua essência e significado, traçaremos um longo caminho dentre normas e princípios e construções jurídicas, pois se trata de um direito que é essencial e sem ele não haveria nem a necessidade de nós, seres humanos, nos organizarmos. Portanto, ao legislador foi designada a tarefa de demonstrar a importância desse direito para o povo brasileiro, garantindo assim, o direito de tê-la de forma digna, sem que ocorram abusos ou violações, deixando expressamente previsto na Constituição Federal o direito do homem em não ter violado esse seu direito.

Esse direito, visto de forma literária, está posicionado no interior do Título em que se assegura os Direitos e Garantias do Homem.

Os Direitos e Garantias do Homem nada mais são do que normas assecuratórias de direitos que foram sendo criadas conforme a evolução do próprio homem e de suas relações, sendo percebida por todas as reais necessidades quanto à organização destas pessoas, para que pudessem respeitar o direito alheio e terem um direito próprio garantido.

Desta ideia passou-se então a ponderar valores básicos a vida de todo homem e assim foi possível identificarmos um rol de direitos referentes a esse sujeito com vida.

Dentro desse campo de visão, após expormos esse entendimento quanto ao direito à vida, que se trata de um direito de extrema importância, claramente teremos um caminho a seguir para desenvolver uma melhor análise do conteúdo saúde, amparado em um amplo direito fundamental garantido no texto Constitucional e que nos fornecerá matéria inicial para uma melhor ponderação deste direito.

4.3 O Direito à Saúde e a Seguridade Social

O direito à saúde é encontrado dentro da Constituição Federal no artigo 6º que trata dos Direitos Sociais e está incluso no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais.

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

Tal dispositivo além de possuir caráter de Direito Social, é também tido como um Direito fundamental, visto que o artigo supracitado encontra-se inserido no Título II, que traz os Direitos e Garantias Fundamentais, dando maior valoração ao dispositivo constitucional e um análise mais fria e detalhada, posto que, Direitos e Garantias Fundamentais, por tratar-se de direitos atinentes ao indivíduo e que são praticamente invioláveis, assim sendo necessário observá-lo a luz de princípios guiadores dos ideais Constitucionais.

A Constituinte, não por acaso, elencou o direito à saúde no rol dos Direitos Fundamentais. Essa ação ocorreu com base em toda a evolução histórica dos direitos, conforme já narrado, em que, com o passar do tempo, buscou assegurar ao Homem uma alta quantidade de direitos com o fim de satisfazê-lo em suas reais necessidades.

Assim, não se pode apenas afirmar que se trata de uma colocação estrutural encontrarmos o Direito à Saúde na parte inicial da Constituição junto a tantos outros importantes direitos.

O Ordenamento quis nos mostrar a enorme importância que deve ser dada a todos eles, inclusive à saúde que deverá ser vista sob os maiores cuidados possíveis pelo Estado.

Neste primeiro momento então, o que encontramos não é uma dissertação especificada a cerca da saúde, demonstrando suas características ou forma de efetivação, mas sim, a demonstração de forma simples e clara de seu valor e sua importância, devendo a ela serem aplicadas todas as regras referentes à observação dos Direitos Fundamentais do Homem quando for tratá-lo, observando também os detalhes mínimos para não violá-lo ou feri-lo.

Também podemos dizer que, conforme exposto no capítulo sobre os direitos sociais na Constituição Federal, o direito à saúde também deverá ser visto sob a óptica da necessidade de uma atuação positiva do Estado para sua efetivação, haja vista que se trata de um direito com características ligadas à Segunda Dimensão de Direitos, momento em que passou-se a cobrar do Estado uma atuação positiva na vida humana, disponibilizando ferramentas que garantam a formação e a continuidade da vida humana e de sua dignidade.

Vencido o ponto em que encontramos o direito à saúde como direito fundamental, não se pode esquecer imediatamente a Carta Magna, pois, mais a frente, dentro do Título VIII – Da Ordem Social, dentro do Capítulo II, encontraremos diversos dispositivos referentes ao direito à saúde, os mecanismos para sua validação e exercício pelo homem.

Visto isso, nos transportamos diretamente para o Título VIII que trata da Ordem Social e em Capítulo II aborda a Seguridade Social, atentando-se minuciosamente para a Saúde, a Previdência Social e a Assistência Social.

Este Título busca melhor normatizar as regras Constitucionais, no que tange a proteção ao Direito à Saúde, não apenas o elencando dentro de um importantíssimo rol, mas também demonstrando suas características e funções para que o cidadão melhor a observe no exercício de sua cidadania.

O primeiro dispositivo a ser observado é o artigo 194, que inaugura as Disposições Gerais deste Título, encontramos o seguinte texto:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, **destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde**, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - eqüidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- ~~VII - (revogado)~~
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Esse primeiro artigo nos traz a finalidade da Seguridade Social, demonstrando a quem cabe essa iniciativa e o que por ela será assegurado com essas políticas públicas.

Nesse sentido, encontra-se Carvalho, Kildare Gonçalves (2010, p. 1493) apud Chimenti, Ricardo Cunha (2005, p. 481):

A seguridade social, como um conjunto de medidas que se destinam a atender às necessidades humanas, e que se refere à idéia de liberação de preocupações relativas à sociedade, constitui o instrumento jurídico de que dispõe o Estado para a liberação das necessidades sociais, na forma fixada pelo Direito. A seguridade social envolve legislação de caráter sempre “transitório porque os anseios da sociedade mudam na mesma medida em que mudam as contingências que causam insegurança”.

Percebe-se que o referido artigo aponta a efetividade da seguridade social, inclusive incluindo à saúde no rol de políticas públicas voltadas a ação do Estado.

Mas, para a efetivação desta seguridade social, não basta apenas indicar objetivos e direitos no texto constitucional, se não observamos mecanismos e formas para que se materialize esse direito, visto que, por se tratar de um direito social e visar uma atuação positivo do Estado, essa ação gerará gastos, custos, e,

assim, deverá haver a existência de meios financeiros que arquem com essas despesas que serão criadas.

Quanto a essa primeira problemática apresentada, mencionaremos o seguinte esclarecimento:

A seguridade social será custeada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes a União, neles compreendidos os impostos de sua competência residual, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; de contribuições sociais dos empregadores, dos trabalhadores, e dos demais segurados da previdência social, não incidindo sobre aposentadoria e pensão concedida pelo regime geral de previdência social que trata o art. 201; sobre a receita de concursos de prognósticos; do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Carvalho, Kildare Gonçalves, 2010, p. 1493/1494)

Assim, vemos que o financiamento da seguridade social será executado pela sociedade de forma direta e indireta, mediante os recursos angariados pela União, Estados e Municípios através de impostos e outros tipos de arrecadações previstas. Estes servirão ao custeio da seguridade social, devendo ao Estado se organizar para realizar toda essa atividade de forma coerente e organizada.

Percebe-se então que ao Estado caberá a organização das arrecadações, dividindo-se em três esferas de atuação: uma de nível nacional, outra de nível estadual e a última em um nível municipal, cabendo a esses três entes de forma solidária a prestação da seguridade social, sendo que, essa situação será regulamentada por leis esparsas, nas quais estarão presentes as cabíveis competências a cada esfera do Poder Executivo.

Neste dispositivo, além da menção ao Direito à Saúde, vale dizer que encontramos, de forma inicial, a normatização constitucional da efetivação do Direito à saúde pelo Estado, pois já se apresenta os objetivos da seguridade social a população, conforme se observa o parágrafo único do referido dispositivo, como o dever da universalidade da cobertura e do atendimento pelo Estado.

Esses incisos visam, conforme se observa, dar equilíbrio e proporcionalidade na seguridade social, garantindo de forma genérica a igualdade de sua prestação a todos os cidadãos.

Vista essa exposição dos dispositivos gerais que tratam da seguridade social, necessário é discorrer sobre a Seção II, deste mesmo capítulo que já se refere à saúde.

Como podemos observar, a saúde é o primeiro assunto a ser tratado de forma específica dentro do rol da seguridade social, vista sua importância para o Ordenamento e as pessoas.

O legislador buscou, certamente, ao elaborar a Carta Magna de 1988, demonstrar de forma literária a importância da saúde, insistindo em seu inicial esclarecimento, frente a sua importância e influência nas outras duas seções que tratam da previdência social e da assistência social.

No artigo em que se inaugura essa Seção, a primeira regra estabelecida pela Carta Maior é indicar que a saúde trata-se de um direito de todos, e assim, não poderá estar ausente em nenhuma hipótese na vida de qualquer cidadão, e ainda imputou esse dever ao Estado, como ente responsável pela efetivação do direito.

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

Sua forma de execução será feita conforme o *caput* do artigo supracitado, por meio de políticas sociais e econômicas que irão buscar reduzir os riscos de doenças e de outros agravos, além do acesso de forma ampla a todos os cidadãos e de forma igualitária, sem que haja distinção na hora de prover a promoção, proteção e recuperação atinente a saúde.

Isso quer dizer que, as políticas adotadas pelo Estado que incidirão na saúde, não poderá de forma alguma privilegiar um indivíduo ou outro, fazendo então com que, se busque meios de prestação sem que se suprima o direito de terceiros, mas também sem se omitir na sua obrigação de tutelar o direito de quem precisa.

Ainda, o direito à saúde não se limita apenas uma ideia, como a curativa.

Observaremos sua presença quando uma pessoa necessitar de algum tratamento ou consulta com caráter de recuperação, mas também será vista em causas preventivas, sociais e até mesmo de forma moral.

Por mais que pareça estranha essa afirmação, o direito à saúde não deverá ser limitado apenas em tratar uma pessoa enferma, ela engloba outros diversos fatores que garantirão essa saúde de forma digna e correta.

O primeiro ponto a ser observado é a necessidade de políticas públicas que previnam o cidadão do contato com enfermidades ou outros riscos à saúde.

Neste sentido, citaremos a idéia trazida por JÚNIOR, Dirley da Cunha (2008, p. 700) apud ARAÚJO, Luiz Alberto David (1997, p. 47):

O direito à saúde compreende também o direito à prevenção de doenças, de tal sorte que o Estado é responsável tanto por manter o indivíduo são, como por evitar que ele se torne doente.

Ainda, no mesmo sentido é a idéia de CARVALHO, Kildare Gonçalves (2010, p. 1495):

O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas no oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva, dependente, por sua vez, de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciando pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras.

Esclarecida a ideia da prevenção, ou seja, de proteger a pessoa para que ela não tenha a desagradável situação em ver sua saúde vulnerável, passaremos a observar ainda outras tarefas existentes como direito da pessoa e dever do Estado em relação à saúde.

Na outra esfera, observaremos medidas de recuperação, curativas referentes à saúde. Trata-se das tarefas públicas do Estado em proteger os indivíduos enfermos e que necessitam de tratamentos e meios de cura.

A ideia exposta na Constituição em face da vida que prevê o direito de todos terem uma vida cercada por dignidade passa pela ideia em vermos a inexistência de doenças ou vulnerabilidades na saúde da população.

Como erradicar e zerar as doenças é praticamente uma tarefa impossível, ao Estado será atribuído o dever de amparar a todos no que diz respeito à disponibilização de serviços públicos que atendam todas as necessidades da população e venham a ter uma vida digna, seja fornecendo medicamentos, tratamentos ou mecanismos para a execução da vida, como cadeiras de rodas, próteses e orteses.

Essa ideia da essencialidade da proteção ao direito à saúde através de políticas públicas deve sempre ser observada por todos, para que não vejamos uma alteração negativa dos princípios relacionados a esses direitos ou dos próprios direitos assegurados.

Em estudo praticado na obra do professor De Moraes, Alexandre – Constituição do Brasil Interpretada (2002, p. 1911) apud “Série Direito e Saúde nº 1 – Brasília, 1994” que reflete o entendimento preconizado pela Organização Pan-americana de Saúde e do Escritório Regional da Organização Mundial da Saúde, encontramos uma interessante citação realizada que assevera:

aplicado às ações e aos serviços de saúde, o conceito implica o poder de controle, pela sociedade e pelo Estado, visando zelar pela sua efetiva prestação e por sua qualidade. Ao qualificar as ações e serviços de saúde como de relevância pública, proclamou a Constituição Federal sua essencialidade. Por ‘relevância pública’ deve-se entender que o interesse primário do Estado, nas ações e serviços de saúde, envolve sua essencialidade para a coletividade, ou seja, sua relevância social. Ademais, enquanto direito de todos e dever do Estado, as ações e serviços de saúde devem ser por ele privilegiados. A correta interpretação do Artigo 196 do texto constitucional implica o entendimento de ações e serviços de saúde como conjunto de medidas dirigidas ao enfrentamento das doenças e suas seqüelas, através da atenção médica preventiva e curativa, bem como de seus determinantes e condicionantes de ordem econômica e social.

Conforme o caput do artigo 196 e como já exposto durante toda a observância do direito fundamental à saúde, trata-se de um direito o qual é direito de todo e qualquer cidadão, assim não podendo haver a ausência de sua disponibilidade por quem tem o dever de sua efetivação.

A efetivação, conforme previsão legal será por políticas públicas, onde terá como principal órgão para sua efetivação o Estado, que atuará para garantir esse direito através dos mecanismos existentes e também será incumbido a ele o dever de legislar sobre essas matérias, de forma a esclarecer da melhor maneira possível esse direito.

A ação do Estado dentro da saúde será de responsabilidade dentre as três esferas existentes no Estado de Direito: A União, o Estado ou Distrito Federal e o Município. A interferência entre eles existirá como forma de atuarem da maneira mais eficaz possível, existindo colaboração entre eles e o objetivo de buscar os melhores caminhos.

As matérias as quais serão destinadas para estes entes tratarem serão estabelecidas pela Lei, que regulamentará toda essa situação, mas sempre amparada nos princípios e objetivos existentes, como do atendimento igualitário e universal.

Essa idéia encontra amparo legal no artigo 197 da Constituição Federal de 1988 que traz:

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

Ainda na ideia da organização do sistema de saúde a ser aplicado como medida de efetivação, a Constituição Federal foi pontual ao estabelecer no artigo 198 a previsão legal quanto ao SUS, um sistema único de saúde, órgão que tutelar a saúde pública, prestando ações e serviços públicos ligados à saúde, criando-se uma rede descentralizada, visando o atendimento integral, priorizando as atividades preventivas e as assistências, e por fim, possibilitando e colocando a participação comunitária. O dispositivo constitucional quanto a esse tema é bem claro e literal:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. .

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

A regulamentação da angariação de recursos, rateio entre os Entes e forma de aplicação encontra uma melhor disposição nos parágrafos do próprio artigo 198, trazendo minuciosamente detalhes quanto ao tema dos recursos financeiros.

É válido ainda destacar a previsão do parágrafo 3º do mencionado artigo que prevê a necessidade da reavaliação que deverá ser feita a cada 5 (cinco) anos sob a Lei Regulamentar que melhor regulamentará o tema.

A lei que se refere o dispositivo trata-se da 8.080/90 que conforme resumo da própria lei “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e

recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e das outras providências.”.

No dispositivo seguinte, encontramos a possibilidade da assistência à saúde de forma livre, possibilitando até mesmo a iniciativa privada.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e 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 comercialização.

Trata-se de uma faculdade disponibilizada pelo autor. O tema é melhor elucidado com os ensinamentos do professor JÚNIOR, Dirley da Cunha (2008, p. 700) que nos traz:

Facultou, porém, a assistência à saúde a iniciativa privada (art. 199), de modo que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferências as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Podemos então afirmar que toda e qualquer medida positiva para amparar a saúde do cidadão será aceita, desde que tenha o intuito positivo e que traga melhorias ao sistema único de saúde.

Consoante com a idéia do artigo 198, encontramos o artigo 200 que enumera importantes funções do Sistema Único de Saúde, ou seja, a nível de informação, este dispositivo tem o caráter complementar ao artigo 198 que estipula o Sistema Único de Saúde no Brasil, indicando as suas funções.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- 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 trabalho.

Sobre o referido artigo, como forma de esclarecê-lo sem que fiquemos apenas com a informação que este indica as funções do Sistema Único de Saúde, válido é citarmos:

A Constituição enuncia, no art. 200, as competências do sistema único de saúde, e que são, além de outras previstas em lei, o controle e a fiscalização dos procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, e participação da produção de medicamentos e equipamentos; a execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; o ordenamento da formulação de recursos humanos na área da saúde; a participação na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; a incrementação do desenvolvimento científico e tecnológico de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; a participação no controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radiativos; e ainda a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (CARVALHO, Kildare Gonçalves, 2010, p. 1497)

Encerrada a seção que trata da saúde, encontraremos a previsão da previdência social, instituto disponibilizada na seção III do capítulo da seguridade social e que visa regulamentar a possibilidade de “o indivíduo se filiar a um regime de previdência social que lhe assegure, mediante pagamento de contribuições a seguridade social, cobertura (...)” (JÚNIOR, Dirley da Cunha, 2008, p. 702). Aceita-se, então, a possibilidade do cidadão se unir a um plano de previdência social que irá cobri-lo em diversas necessidades como cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante, entre outras possibilidades elencadas nos incisos do artigo 201.

O artigo 201 trata da organização da previdência social, dispondo sobre sua forma de funcionamento e arrecadação financeira, como sua abrangência.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

§ 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

§ 5º É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.

§ 6º A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

§ 10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua

residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo.

§ 13. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.

Este dispositivo prevê todo funcionamento da previdência social, impondo regras a serem observadas para a execução de forma correta deste instituto, protegendo assim contra ilegalidades e medidas arbitrárias, quando aos valores arrecadados pela previdência.

No outro artigo que compõe a seção atinente a previdência social encontraremos previsão possibilitando a previdência privada e “será baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado” (CARVALHO, Kildare Gonçalves, 2010, p. 1500).

Esse dispositivo teve sua redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

Por fim, dentro da seguridade social encontraremos a sua última seção que trata da Assistência Social.

Essa idéia “foi outorgada pela Constituição a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, (...)”(JÚNIOR, Dirley da Cunha, 2008, p. 702) englobando diversos objetivos, conforme previsão legal dos incisos do artigo 203:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Sobre o mesmo tema, esclarece ainda MORAES, Alexandre de (2002, p. 1942):

A assistência social, nos termos constitucionais, será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, pois não apresenta natureza de seguro social, sendo realizada com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizada com base na descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; e na participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

A finalidade da assistência social, portanto, é a redução, e se possível, apesar de aparente utopia, eliminação da pobreza e da marginalização social, coadunando-se com os objetivos da República Federativa previstos no art. 3º, incisos I (“construir uma sociedade livre, justa e solidária”) e III (“erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”).

Vemos então que, o objetivo da assistência social é erradicar de qualquer forma a desigualdade social e material que atinge a atual sociedade que todos vivemos. A previsão de uma política social, que dê a quem necessita

condições de ter recursos à disposição, os quais normalmente geram gastos, é uma forma de aproximar as desigualdades, e indiretamente trazer quem precisa de ajuda a um melhor nível social, prevenindo danos a sua saúde.

O último artigo desta seção, trata-se do 204 que prevê a forma de realização da assistência social, através de recursos disponibilizados através do orçamento da seguridade social, como também outras possíveis fontes.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

Dessa maneira foi possível observarmos que a atual Constituição Federal procurou ser detalhista ao prever os direitos sociais, inclusive o direito à saúde, demonstrando suas características, finalidades, deveres e direitos, como forma de se evitar riscos à dignidade da pessoa humana e da sociedade em um todo.

Ainda na Constituição Federal, encontraremos em outros Títulos, previsões legais que tangem também o tema saúde, como no caso do artigo 227, que traz o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, à saúde.

No que se refere à criança e adolescente, tal tema será melhor discorrido em capítulo próprio.

4.3.1 Breve Comentário da Lei 8080/90

A lei 8.080/90 foi promulgada com o intuito de melhor definir o Sistema Único de Saúde, assim regulamentando o tema e melhor amparando os artigos 198 e 200 da Constituição Federal que tratam do assunto.

De forma prévia, buscou afirmar o objetivo da lei em regulamentar em todo território nacional as ações e serviços relacionados à saúde e a sua forma de execução.

Dispôs também de forma geral a conceituação quanto à saúde afirmando tratar-se de um direito fundamental do ser humano e atribuindo ao Estado o dever de prover as condições fundamentais para sua existência (artigo 2º da lei 8.080/90), não excluindo as pessoas da família, das empresas e da sociedade de participar desta efetivação (artigo 2º, §2º da lei 8.080/90).

Mas o principal interesse dessa lei para todos e para o nosso ordenamento jurídico está na regulamentação com relação ao sistema único de saúde, instituto de grande importância para a efetivação da saúde no país.

No artigo 4º da referida lei buscou-se definir o entendimento quanto ao Sistema Único de Saúde ao afirmar que:

Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestado por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Essa lei, além de mencionar a política de atuação do SUS, atribuindo as ações e serviços às três esferas do Poder Público (Federal, Estadual e Municipal), trouxe também os objetivos do órgão, sendo eles enumerados nos incisos do artigo 5º da lei, como também a competência de atuação do SUS no artigo 6º em seus 11 incisos.

Quanto a essa competência é válido citar trecho do trabalho desenvolvido por SANTOS, Lenir (2005, p. 1) que dissertou:

O art. 6º, estabelece como competência do Sistema a execução de ações e serviços de saúde descritos em seus 11 incisos.

O SUS deve atuar em campo demarcado pela lei, em razão do disposto no art. 200 da CF e porque o enunciado constitucional de que *saúde é direito de todos e dever do Estado*, não tem o condão de abranger as condicionantes econômico-sociais da saúde, tampouco compreender, de forma ampla e irrestrita, todas as possíveis e imagináveis ações e serviços de saúde, até mesmo porque haverá sempre um limite orçamentário e um ilimitado avanço tecnológico a criar necessidades infundáveis e até mesmo questionáveis sob o ponto de vista ético, clínico, familiar, terapêutico, psicológico.

Claramente se demonstrou o caráter taxativo dos incisos, quando da atribuição das ações do SUS, limitando sua competência, até mesmo em razão da atual realidade do país.

Esse se faz o entendimento de parte do campo jurídico, pois é evidente que encontraremos afirmação no sentido contrário, baseado no caráter social da saúde, como a garantia da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, mas esta questão fica reservada para um momento apropriado.

Nesse sentido, todo o restante da lei buscou traçar especificações quanto ao Sistema Único de Saúde para que a sociedade possa utilizá-lo de forma adequada e para que não ocorram omissões por parte do Estado, nem exigências exageradas por parte da sociedade.

Em todo o seu corpo legal, nos diversos artigos que estão elencados dentre os 50 existentes, o legislador procurou minuciosamente demonstrar as atribuições, competências, princípios informadores, como também limites da atuação e o alcance dentro da saúde, como no custeamento de tratamentos, leitos ambulatoriais, medicamentos, entre outros necessários à efetivação da saúde.

Buscou também trazer normas que definissem a organização do instituto, bem como sua forma de ser dirigida e sua gestão, visto que, para a efetivação do direito social à saúde, como já vimos, é necessária a realização de gastos, assim, regulamentações deverão ser feitas para que não se tenha abusos com a máquina financeira estatal, nem que seja o custeio mal realizado.

Ainda traz previsões destinadas a classes específicas, como no caso dos indígenas que necessitam de um tratamento diferenciado, visto a cultura que se revestem e as diferentes formas de manter a qualidade de vida.

Traz ainda algumas regras referentes a situações específicas como da internação domiciliar, o acompanhamento do trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

Por fim, apresenta dois Títulos de grande atenção, sendo o primeiro referente à assistência à saúde e o segundo relacionado ao financiamento do Sistema Único de Saúde.

Como lei regulamentadora que é, buscou-se pormenorizar da melhor maneira possível todas as ferramentas existentes dentro da prestação da saúde, tanto pelo Estado, como por Entes privados, regulamentando o funcionamento, o custeio, entre outras importantes regras.

Ainda trouxe previsão detalhada referente a duas previsões constitucionais: A previdência social e a assistência social, trazendo carga normativa aos dispostos no capítulo da Seguridade Social dentro de nossa Constituição Federal de 1988.

5 O DIREITO À SAÚDE NAS LEIS INFRACONSTITUCIONAIS

Previsões legais quanto à saúde não são encontradas apenas em nosso Texto Constitucional. Se observarmos as leis esparsas de forma geral, os Estatutos, veremos inúmeras disposições no que tange a previsão legal e a regulamentação quanto ao direito à saúde.

Mencionar todas as leis e comentá-las tornaria este trabalho extenso ao extremo e até obstaria a sua continuidade e conclusão.

Posto isso, se faz entendido de modo positivo tecer alguns comentários sobre dois Estatutos em particulares: O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, visto pelo sentido de ambos preverem normas específicas quanto à saúde destas pessoas, como também por tratar de pessoas as quais necessitam uma atenção diferenciada, ainda mais no tema saúde, pois tratam-se de pessoas em situação vulnerável que estão ou em seu início de vida, assim precisando de uma maior atenção para o seu desenvolvimento pleno, ou no final de suas vidas, também

demonstrando a necessidade de ter amparos especiais, visto a ausência de vigor físico.

Estes pontos foram levados como ponderação para resolvermos abordar os presentes assuntos, pois claramente nos trarão informações interessantes e específicas, diferentemente dos outros textos legais, que em sua maioria apresentam o tema de uma forma genérica.

5.1 O Estatuto da Criança e do Adolescente

Consigna-se que a importância do Direito à Saúde nos tempos atuais, tornou-se tão valoroso que não se limitou a sua previsão em textos legais generalizados e que asseguram a todos, de forma indistinta esse direito. Não basta o texto legal apenas afirmar isso e apontar como medida a ser cumprida de forma positiva pelo Estado que veremos a efetivação e a garantia deste direito.

No avanço do nosso Ordenamento Pátrio, verificou-se uma evolução nas normas que sempre buscaram adequar-se à real necessidade da população, assim, prevendo a proteção aos verdadeiros direitos a serem garantidos e proteção a eventuais violações.

Antes de observarmos a lei específica que trata sobre crianças e adolescentes, primeiro se faz necessário olharmos para a nossa principal Carta de Direitos, a Constituição Federal de 1988.

A nossa Constituição quando promulgada não se limitou a tratar de direitos de forma generalizada, não distinguindo os cidadãos conforme suas reais necessidades e condições. Fez então necessário dispor sobre algumas classes de pessoas que merecem uma atenção redobrada quando falamos em seus direitos, como no caso das crianças e dos adolescentes.

A Constituição Federal, em seu artigo 227 trouxe o seguinte texto:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à **saúde**, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Conforme leitura do próprio dispositivo, notamos a atribuição do dever à família, à sociedade e ao Estado garantir à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a saúde. Quando falamos no dever, logo vinculamos com toda argumentação angariada no capítulo em que foi tratado o direito à saúde em sua previsão constitucional na seguridade social.

Neste dispositivo, podemos afirmar além dessa ideia, traz à necessidade de se observar a absoluta prioridade quando tratar-se destes indivíduos, pois, frente a inúmeros princípios existentes, uma melhor tutela a eles deve ser prestada.

Esses princípios, para melhor entendimento, serão abordados num tópico seguinte, onde narraremos e os conceituaremos, mostrando suas peculiaridades e a importância da proteção às crianças.

Ainda dentro da Constituição Federal, mais precisamente no artigo 227, encontraremos também o seu parágrafo primeiro que trata ainda do direito à saúde e que assegura a promoção de programas de assistência integral à saúde e admite a participação de entidades não governamentais, mediante determinadas políticas. Essa ideia é extraída de forma literal do referido parágrafo:

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Findada a abordagem Constitucional referente ao direito à saúde da criança e do adolescente, passamos a analisar o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/90, de caráter infraconstitucional, criada para de forma integral proteger os interesses atinentes a essas pessoas em desenvolvimento, que

necessitam de uma maior atenção por parte do legislador, pois conforme veremos possuem diversas peculiaridades que devem ser observadas para falarmos em proteger os seus direitos.

Lembra-se que criança refere-se ao indivíduo com até 12 anos de idade incompletos e adolescentes as pessoas com idade entre 12 anos até os 18. Essa classificação foi dada pelo ECA em seu artigo 2º que traz:

art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Essas peculiaridades mencionadas, podemos afirmar tratar-se de princípios existentes que nos mostram a real situação das crianças e dos adolescentes, suas necessidades, a forma adequada de atendê-los e o porquê desta diferenciação.

Esses princípios não poderão ser deixados de lado, pois sem mencioná-los ficará incompreensível o estudo da saúde no que tange esse Estatuto.

5.1.1 Princípio da Proteção Integral

Refere-se a um princípio existente dentro do Estatuto, o qual não possui um caráter de superioridade hierárquica sob os outros princípios existentes, mas é de suma importância e reflete na efetivação de direitos e outros princípios previstos no Estatuto.

Este princípio é encontrado de forma literal já no artigo 1º do referido Estatuto:

“art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”

Para início de inteligência sobre este princípio, válido é citar trecho da obra do autor LIBERATI, Wilson Donizeti (2000, p. 5), que traz em seus ensinamentos:

“É integral, primeiro, porque assim diz a CF em seu art. 227, quando determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo; segundo, porque se contrapõe à teoria do “Direito tutelar do menor”, adotada pelo Código de Menores revogado (Lei 6.697/79), que considerava as crianças e os adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada a situação irregular, disciplinada no art. 2º da antiga lei. (...)

A nova teoria, baseada na total proteção dos direitos infante-juvenis, tem seu alicerce jurídico e social na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, no dia 20.11.89. O Brasil adotou o texto, em sua totalidade, pelo Dec. 99.710, de 21.11.90, após ser ratificado pelo Congresso Nacional (Dec. Legislativo 28, de 14.09.90).

Dessa forma, o novo instrumento legal volta-se para o desenvolvimento da população jovem do País, garantindo proteção especial àquele segmento considerado pessoal e socialmente mais sensível.”

Entende-se que a criança e o adolescente são indivíduos que nestes momentos da vida encontra-se em um alto desenvolvimento em suas vidas, devendo assim, ter um amparo maior para que tenha a evolução desejada alcançada.

Antigamente, no revogado Código de Menores, o intuito não era a proteção dos menores e a colocação deles sob uma visão de proteção, cuidado, mas sim, em visualizá-los como figuras que quando presente algum tipo de irregularidade, deveria ser tomado alguma atitude judicial como forma de ação para resolver a questão.

Essa ideia mudou após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe um texto constitucional mais garantidor, protetor de direitos fundamentais, assim, também protegendo de forma mais eficaz os mais vulneráveis.

Como reflexo da Constituição de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente surge em 1990 amparado nestas ideias e mudando-se a visão.

Tais fatos justificam a ideia da proteção integral desses indivíduos, e por mais que se garanta a todo e qualquer cidadão brasileiro a proteção aos seus direitos, quando se referir a essa classe vulnerável, deverá ser visto sob uma óptica

mais incisiva, garantindo de forma máxima a efetivação dos direitos, respeitando a dignidade da pessoa humana e a maior eficácia dos direitos.

Essa idéia se consubstancia com os ensinamentos de ISHIDA, Válter Kenji que traz:

“Segundo a doutrina, o Estatuto da Criança e do Adolescente perfilha a “doutrina da proteção integral”, baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes (v. Art. 3º). Foi anteriormente prevista no texto constitucional, no art. 227, instituindo a chamada prioridade absoluta. Constitui, portanto, em uma nova forma de pensar, com o escopo de efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. A CF, em seu art. 227, afastou a doutrina da situação irregular e passou a assegurar direitos fundamentais à criança e ao adolescente. Tratou na verdade de uma alteração de modelos, ou de forma de atuação (Andréia Rodrigues Amin, Doutrina da proteção integral, p. 14-15). A doutrina da situação irregular limitava-se basicamente a 3 (três) matérias: (1) menor carente; (2) menor abandonado; (3) diversões públicas.”

5.1.2A Absoluta Prioridade

A ideia da absoluta prioridade, inicialmente parte de uma análise literária do texto da lei do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No artigo 4º do referido Estatuto, encontramos a previsão legal em que se ampara esse instituto e podemos ainda afirmar de forma adiantada que se trata do primeiro momento em que é mencionada a saúde como direito à criança e ao adolescente.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) Procedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude.

A ideia é garantir como forma principal o direito da criança e do adolescente, pois, frente à existência de diversos deveres e direitos a serem cumpridos, poderemos ter situações em que acabarão não observando alguns direitos como forma de proteger outros.

Neste caso, jamais deverá ser deixado de lado algum direito referente à infância e juventude para a garantia de outros.

Deverão a criança e o adolescente estar no primeiro plano de cuidados que o Poder Executivo deverá observar, devendo suas primeiras tarefas e obrigações destinadas a eles.

O conceito dado por LIBERATI, Wilson Donizeti ilustra de forma clara o entendimento:

Por absoluta prioridade entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas de moradias e trabalho, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.

Assim, a absoluta prioridade consubstancia grande importância para avaliarmos a efetivação dos direitos à criança e ao adolescente, pois, conforme acima citado, o governante deverá de forma prioritária observar na execução de sua política pública o que é interessante e eficaz à infância e juventude antes de realizar outras tarefas.

5.1.3 O Direito à vida e a saúde

Conforme já narrado, o direito à vida é tido como o principal direito a ser assegurado a um ser humano, devendo então ser garantido de forma mais plena ainda a uma pessoa em desenvolvimento, como o que o ECA traz.

A essas pessoas deverão ser disponibilizado uma maior proteção à vida e à saúde, protegendo-as de qualquer tipo de lesão ou ameaça.

Essa proteção será incumbida não só aos pais da criança, mas também será um dever da sociedade e principalmente do Estado que deverão disponibilizar ferramentas e mecanismos que os protejam de forma eficaz.

A Constituição Federal em seu texto demonstrou essa preocupação que a Constituinte e o Legislador demonstram quanto à proteção dos menores.

Na Carta Magna, encontramos previsão legal referente ao direito à saúde especificadamente relacionada a essas pessoas, trazendo dentro do seu texto normativo até mesmo princípios informadores dos direitos e normas das crianças e dos adolescentes.

A esse dispositivo válido é uma atenção em especial, mas não será válido repeti-lo neste trabalho, visto que, já fora abordado em momento anterior, fazendo-se então coerente mencionarmos as ideias acima expostas, como válidas para o entendimento deste tópico.

Ainda no ECA, iremos observar a presença do Título II denominado por “Dos Direitos Fundamentais” e que traz em seu primeiro Capítulo a proteção à vida e à saúde.

Primeiramente, todos nos questionamos o porquê de aparentemente o legislador se mostrar repetitivo e prever uma ideia que de certo modo é clara para toda a sociedade, pois, além de garantir de forma genérica a vida e a saúde, aqui estamos tratando de pessoas mais vulneráveis, assim, se fazendo necessário por obviedade garantir maiores proteções.

A nosso ver, essa reafirmação do direito se faz, pela extrema importância que deve ser dada quando tratarmos de menores, pois, não basta à sociedade ter a compreensão que devemos protegê-los, além disso, é necessário de forma explícita e incisiva ficar demonstrado a importância desses direitos, para que não se pensem jamais na hipótese de violar alguns deles em troca de outros existentes.

Desse modo é a visão do professor NOGUEIRA, Paulo Lúcio (1996, p. 23) que afirma:

Assim, nada mais justo do que a vida e a saúde serem consideradas direitos fundamentais da criança e do adolescente, que estão em fase de

desenvolvimento e que merecem proteção especial da família, da comunidade e do Poder Público, devendo este criar programas assistenciais que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, assegurando à gestante, à parturiente e à nutriz ou mulher que amamenta todas as condições necessárias.

Ainda, dentre desse capítulo que aborda o citado tema não ficaremos restritos apenas à tutela ao direito à vida e à saúde, sendo previsto também direitos assecuratórias às genitoras das crianças, às mulheres em gestação, o pré-natal, como também um período após o nascimento da criança. Essa medida é prevista pois procura-se proteger a criança desde a fase em que existe apenas a perspectiva do nascimento com vida, pois, juridicamente já se trata de uma vida, classificado como nascituro, mas que já possui perspectivas de direitos e que devem de forma preventiva serem assegurados.

Assim, o legislador tentou proteger de todas as formas a criança e o adolescente, garantindo não apenas o direito de viver e ter saúde, mas em viver de forma digna e amparado em todas e quaisquer situações em que necessitar de amparo familiar, da sociedade ou do Estado, pois, conforme afirma NOGUEIRA, Paulo Lúcio (1996, p. 23) “é de se ter presente também que a vida sem saúde constitui um grande sacrifício para a pessoa”. Ainda complementamos que tratando-se de uma classe tida como hipossuficiente, este sacrifício será maior ainda, visto a fragilidade destes.

Cabe então a todos, observarmos de forma integral e prioritária os interesses das crianças e adolescentes no que tange a sua vida e à saúde.

5.2 O Estatuto do Idoso

Na mesma trajetória que encaminhamos os argumentos em face do Estatuto da Criança e do Adolescente, faremos comentários referente a esse Estatuto, que se refere à outra classe de pessoas, as quais necessitam de um olhar específico por parte do legislador.

Para início de exposição, é válido primeiramente pontuarmos qual a fase que o indivíduo será classificado como idoso.

Conforme o artigo 1º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), citado Estatuto atingirá as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, conforme se observa:

art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Estabelecida então a idade limitadora para conceituação do idoso, discorrer sobre o estatuto se torna ação mais clara, pois melhor será entendido a quem essas normas atingirão.

Como qualquer aglomerado de normas e direitos nacionais, sempre que são criados para atribuir direitos e deveres a pessoas, seja de forma genérica ou de forma específica, o legislador buscou inicialmente elencar ou mencionar os direitos fundamentais referentes à pessoa.

Neste estatuto não poderia ser de maneira contrária, já que, depois de vencido o primeiro artigo onde se define a classificação como idoso, imediatamente entra-se na previsão dos direitos fundamentais atinentes ao idoso.

A lei, em seu artigo 2º assegura *que “o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (lei 10.741/2003, artigo 2º).*

Observa-se então que a lei se preocupou em abarcar o maior número de direitos possíveis que pudessem ser relacionados ao idoso, garantindo a eles todos os direitos previstos na Constituição, como também prevendo a integral proteção a esses direitos e, por fim, assegurando a conservação de sua saúde, tanto física como mental.

Essa idéia nos faz claramente enxergar a atenção que se deu ao idoso, visto sua condição física e emocional, por já ter percorrido longo período da vida,

acumulando complicações em sua saúde e condicionamento físico, merecendo, portanto um melhor aparato da sociedade, de sua família e principalmente do Estado, respeitando-o de todas as formas.

FRANCO, Paulo Alves (2005, p. 15) define de forma satisfatória esse entendimento ao dizer que “O idoso deve ser valorizado para que ele não tenha a sua auto-estima abalada.”.

A complementação quanto a essa proteção ao idoso se dá, no artigo seguinte, mais precisamente no *caput* do artigo 3º do referido estatuto que traz a obrigação à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público em assegurar ao idoso, com *absoluta prioridade*, a efetivação ao direito à vida, à saúde, entre outros direitos também mencionados no artigo.

Nota-se que aqui guarda fácil lembrança ao que é disposto no Estatuto da criança e do adolescente, onde se visa à proteção de forma integral e a absoluta prioridade nos atendimentos referente à vida e à saúde.

A lei imputou assim, a obrigação da família, respeitando a sua condição econômica, em amparar o idoso de forma prioritária e integral, e caso, não possua recursos para isso, o Poder Público arcará com os custeios, dentro de sua possibilidade. Essa ideia é trazida também pelo professor FRANCO, Paulo Alves (2005, p. 15):

A lei fala em obrigação e não em faculdade que têm a família e as entidades públicas em assegurar esses direitos ao idoso. Se a família não tiver condições para socorrê-lo nestes casos, o poder público a substituirá dentro da sua possibilidade.

Ainda neste artigo, encontraremos em seu parágrafo único todas as situações em que o idoso deverá ter garantida a prioridade, como por exemplo, nos casos de atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos, na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas, entre outras enumeradas nos incisos do parágrafo.

Em continuidade à ideia dos direitos fundamentais ao idoso, no Título II do citado Estatuto, denominado como Dos Direitos Fundamentais, encontramos no seu primeiro capítulo a disposição no que cerca o direito à vida.

Esse capítulo buscou atingir os dois principais direitos a serem observados de forma geral a um idoso, quais sejam, a vida e a saúde.

No primeiro artigo deste capítulo, encontramos um dispositivo que nos traz de forma bem clara, dois iniciais direitos assegurados. O primeiro trata-se do direito de envelhecer, que possui caráter personalíssimo, e o segundo, o direito de sua proteção que tem como característica dada pelo legislador tratar-se de um direito social.

A esse dispositivo, comentários são tecidos por infinitas obras referentes ao Estatuto do Idoso, valendo-se como citação o referido trecho:

Um dos mais sagrados direitos fundamentais da pessoa, previsto na Constituição Federal é a vida, art. 5º. Esse direito é indisponível. Viver e envelhecer são direitos personalíssimos da pessoa humana protegidos pela legislação. A proteção ao envelhecimento é um direito social que há de ser respeitado por quem quer que seja não podendo ser violado em qualquer hipótese. A violação desse direito enseja ao agente responsabilidade penal, civil e administrativa, conforme o caso. (FRANCO, Paulo Alves, 2005, p. 25).

Esse capítulo ainda se limitou a afirmar a relação do Estado com as obrigações em assegurar os direitos do idoso, mencionando os direitos a serem garantidos, a forma que deverão ser vistos e de que forma serão tutelados. Essa ideia encontra embasamento no artigo 9º:

Art. 9.º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa à proteção à vida e a saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Aqui, novamente visou-se proteger uma geração em situação mais de risco, imputando a obrigação ao Estado em garantir a proteção à vida, que já merece maiores cuidados em sua manutenção, à saúde que é tida como meio para essa manutenção e também forma de efetivar uma vida digna ao idoso, última previsão legal que o legislador faz quanto ao seu envelhecimento.

Claro é que tentou-se amparar todos os idosos de forma que a sociedade em um modo geral não os marginalize e esqueça de suas reais necessidades, visto do ponto de suas vulnerabilidades e fraquezas por consequência do envelhecimento e da idade, devendo então ser angariadas inúmeras ações que visem proteger de forma integral os seus direitos.

6 A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE SOB A ÓPTICA DAS DIMENSÕES DE DIREITO

A vida humana, ao transcorrer dos períodos apresentou diversas mudanças substanciais que, alteraram a forma de viver, entender, pensar e desenvolver do homem.

Essas mudanças se deram não apenas por um fator isolado, mas por conjunturas do cotidiano que unidas obrigaram uma melhor adaptação das sociedades frente as suas necessidades.

Tais afirmações devem ser ponderadas, visto que essas evoluções foram fatores determinantes para a criação e evolução dos direitos referentes ao homem.

No passado, frente às realidades existentes na época, a sociedade careceu de direitos fundamentais, os quais a protegessem de forma adequada, atendendo suas necessidades.

Dessa evolução e conquista de direitos, pode-se notar uma evolução histórica onde com o avanço da sociedade foi claramente possível notar-se o surgimento de direitos fundamentais que marcaram aquela fase histórica.

Dessa premissa, instituíram-se as chamadas Gerações ou Dimensões de Direitos, as quais foram diretas em dividir a história evolutiva humana em alguns períodos onde determinado direito surgiu e se destacou.

Assim, frente a essa evolução, buscaremos agora tentar traçar e estabelecer em consonância com essa evolução a consolidação do direito à saúde, vista sob a óptica dos momentos históricos e sua evolução.

Reconceituar as três primeiras dimensões de direitos já fixadas e a recente quarta dimensão trazida ao mundo jurídico pátrio seria entrarmos em redundância, visto que essa tarefa já foi realizada dentro do capítulo 3 do presente trabalho.

Assim, passaremos a analisar a evolução dos direitos fundamentais nas dimensões de direitos e a afirmação da vida e principalmente do direito à saúde em nosso ordenamento.

Vimos que, na primeira dimensão de direitos buscou-se assegurar o direito à liberdade ao homem, afastando o Estado das interferências na vida particular da pessoa. Com isso, surgiram direitos fundamentais de caráter particular, assegurando ao homem, por exemplo, o direito à propriedade, à vida, entre outros direitos de citada característica.

Desse entendimento percebe-se que ao homem foi atribuída a gerência em ministrar e organizar seus direitos, fornecendo a ele ferramentas para a execução de direitos.

Referente ao direito à vida e principalmente ao direito à saúde, podemos afirmar que essa fase buscou fornecer ao indivíduo o direito de ter a sua vida e os meios para sua manutenção, sendo observada de um plano singular, ou seja, o homem passou a ter o direito em ter e manter-se vivo.

Afasta-se o Estado das interferências que antes por ele era cometido na vida particular do homem e valoriza-se a individualidade.

Portanto, nesta fase buscou-se de forma individual, defender o direito de ter à vida, ter à saúde de forma plena como forma de exercer um direito de liberdade atinente à pessoa.

Com o passar dos tempos, com as alterações formadas no cotidiano, as divergências fáticas surgindo e alguns problemas tornando-se rotineiros no dia a dia da sociedade essa ideia da liberdade, passou sozinha a não efetivar direitos ao homem, sendo então necessária a busca por outra corrente de direitos, surgindo a segunda dimensão que tutelou pelos direitos sociais, o direito à igualdade.

Nesta fase, clamou-se pela interferência do Estado nas atividades humanas, interferência essa a ser realizada de forma positiva, trazendo o Estado a agir de forma ativa na vida do homem, criando meios e mecanismos para a garantia dos direitos do homem.

Disto, surgem os direitos sociais, direitos pelos quais possuem como principal característica a atuação do Estado para a efetivação destes. Essa atuação

do Estado deve se dar de forma automática, sem que ela tenha que ser provocado pela sociedade, ou seja, ao Poder Público fica a tarefa de agir na vida particular do homem, protegendo os seus direitos, como à educação e à saúde.

Percebe-se uma evolução nas relações interpessoais, pois, não bastaram apenas os direitos do homem assegurar a ele o direito à vida, pois, com o passar dos tempos, toda sociedade percebeu que para a manutenção dessa vida de forma plena seriam necessários outros direitos e mecanismos que deveriam ser provenientes do Estado.

Neste momento, quando todos percebem a necessidade de políticas públicas para a garantia dos direitos, passamos então a afirmar que para afirmar o direito à vida como um direito de liberdade do homem e assim garantir a primeira dimensão de direitos, será necessária a interferência estatal com ferramentas que garantam a manutenção da vida, através de uma educação digna, de tratamentos de saúde adequados, pois, todas essas ferramentas contribuirão para a sustentação dos direitos de liberdade, como a vida.

Fixado esse ponto, claramente observamos já duas evoluções de direitos fundamentais, onde primeiramente se assegurou o direito singular à vida do homem, e posteriormente, após notarem que apenas assegurar de forma individual não garantia esse direito, passou-se então a exigir do Estado interferências que fortalecessem os direitos singulares, criando-se assim uma gama de direitos sociais.

Esta fase se trata da mais importante para o presente trabalho, pois conforme se percebe é nela em que teremos todo embasamento jurídico quanto à ideia da prestação do direito à saúde pelo Poder Público, e desta ideia que serão embasadas as atuais normas referentes aos direitos sociais.

Após então fixar o direito à vida a cada pessoa e assegurar mecanismos através do Estado para efetivar esses direitos, como já mencionado, a mutabilidade das épocas e o surgimento de novos direitos deu continuidade e então já se observa os direitos de terceira dimensão que estão relacionados aos direitos de fraternidade ou solidariedade.

No que consistem esses direitos?

Podemos afirmar que a evolução mostrou a sociedade que o convívio estabelecido em conjunto não se faz de forma tão simples, pois conflitos surgiram,

interesses contrários brotaram e então, como garantia de todos os direitos fundamentais, iniciou-se a proteção de direitos que englobassem a sociedade de forma coletiva, generalizada, protegendo a ideia da proteção a existência de todo o grupo.

Essa idéia é fortalecida ao citarmos trecho da obra de JÚNIOR, Dirley da Cunha (2008, p. 571) apud SARLET, Ingo Wolfgang (2001, p.53):

(...) esses direitos caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa. Compreendem o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento. São denominados usualmente de direitos de solidariedade ou fraternidade, em razão do interesse comum que liga e une as pessoas e, de modo especial, em face de sua implicação universal, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala, até mesmo mundial, para sua efetivação.

Surge então o direito difuso e coletivo e que visa proteger a coletividade sem determinar ou individualizar uma pessoa, buscando ações que atinjam desta maneira a sociedade.

Como melhor elucidação, contribuo com um mero exemplo a ser descrito como no caso de buscar proteger o meio ambiente contra o efeito estufa, o aquecimento global para que possamos em um futuro ter um planeta adequado para a conservação da coletividade.

Este exemplo, além de ilustrar bem a ideia do direito a solidariedade, puxa o gancho para estabelecermos o vínculo dessa dimensão com o tema abordado neste trabalho.

A terceira dimensão de direitos influi dentro do direito à saúde, momento em que se preocupa com a conservação do meio onde todos vivem.

Essa preocupação refletirá na conservação da saúde e da vida, pois, é o local onde são exercidas e ao não buscar um ambiente adequado, dificilmente poderemos imaginar uma vida adequada, afetando-se assim também a saúde de todos os seres humanos.

Quando fazemos esta afirmação não focamos apenas na conservação do meio ambiente. É necessário também observar as regras quanto à proteção à paz, à segurança, à solidariedade que influem também na garantia ao direito social à saúde.

Sem essa visão de direito fundamental da terceira dimensão, estaremos propensos a abandonar regiões de guerra onde são deixados de lado tanto os direitos de primeira dimensão como de segunda, ao limitar a liberdade da pessoa, a saúde dela e até mesmo sua vida.

Garantido esses direitos de terceira dimensão, observaremos ainda, de forma mais recente, a previsão dos direitos de quarta dimensão.

Trata-se de uma recente construção ideológica e que ainda não está fixada de forma plena entre os estudiosos do direito pátrio.

Os que defendem essa ideia trazem como base desta geração o direito à democracia.

Neste sentido, manifesta-se BONAVIDES, Paulo (2003, p. 571):

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Completa essa ideia ainda, JÚNIOR, Dirley da Cunha (2008, p. 573) apud OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. (2000, p. 97) ao afirmar sobre os direitos de quarta dimensão que *“Além dos direitos arrolados, é de se reconhecer também, como direitos de quarta dimensão, o direito contra manipulações genéticas, o direito à mudança de sexo e, em geral, os relacionados à biotecnologia.”*

Depreende-se, então, a ideia da democratização como direito, além das previsões quanto à intervenção do homem no campo genético, na alteração física de sexo e outros mecanismos ligados à biotecnologia.

Mesmo parecendo tal dimensão argumentar sobre temas aparentemente distantes do direito à saúde, podemos firmemente afirmar a correlação entre a quarta dimensão de direitos e à saúde.

Como no caso da alteração de sexo, tema muito discutido na atualidade frente aos argumentos ligados à alteração física da pessoa, lesionando-a, como na discussão da saúde mental deste sujeito que necessita desta intervenção.

Verifica-se que até neste ponto, a ideia da saúde está presente, pois por um lado busca-se a proteção da saúde física, ao afirmarem tratar-se de métodos equivocados. Por outro lado, existem os defensores da tutela à saúde mental, já que, uma pessoa que não se tem feliz com sua realidade, caso a proíba de realizar as alterações necessárias para buscar sua satisfação, estaríamos podendo o seu direito a uma saúde mental, ferindo-a em seu direito social e acima de tudo fundamental.

Claramente nossa intenção não é adentrar neste campo de discussão, visto a falta de vínculo que existe do tema com o trabalho realizado, mas a caracterização exemplificativa se faz pontual para entendermos essa dimensão de direito sob o aspecto da saúde.

Esse paralelo traçado entre as quatro dimensões de direitos e o direito à saúde, nos indicou todas as influências das evoluções dos direitos fundamentais e da realidade da sociedade na preservação e busca do direito à vida.

Buscou-se demonstrar que em todas as ocasiões humanas, necessário sempre foi para garantir uma vida digna, a proteção à saúde e à vida do homem, trabalhando principalmente a ideia de que quando se aborda o tema direitos fundamentais, sempre estaremos observando o homem sob o prisma de sua dignidade, que se trata talvez, do principal vetor de aplicabilidade de qualquer direito.

7 O DIREITO À SAÚDE E SUA TUTELA NOS TRIBUNAIS

Temas quem resguardam tamanha polêmica, como o abordado neste trabalho, não repercutem apenas dentro do campo teórico, dos estudos doutrinários e das construções de teses científicas. Causam também forte impacto nas colecionáveis jurisprudências dos nossos Tribunais, como as decisões manifestadas

pelos Tribunais Superiores (STF e STJ), causando importantes influências para a compreensão do direito ora debatido.

Podemos afirmar que nos Tribunais ainda não existe um posicionamento pacífico a respeito do tema, encontrando-se pequenas divergências e não tendo ainda sido consolidados um entendimento padrão por seus membros.

Fazendo a análise dos julgados existentes verifica-se uma tendência do Judiciário em inicialmente buscar proteger os direitos da pessoa, como à saúde e à vida, assim, exigindo do Estado todos os esforços necessários capazes de proteger qualquer eventual risco que a pessoa venha a sofrer.

Ao observarmos alguns julgados existentes no Superior Tribunal de Justiça, encontraremos interessantes decisões quanto ao tema.

Em análise de recentes decisões proferidas pelos Ministros do citado Órgão, verifica-se a grande tendência destes em primeiramente proteger a pessoa humana, respeitando o seu direito constitucional à vida, incluindo a visão da vida sob o prisma da dignidade da pessoa humana e ainda, coligando a essa ideia de proteção à vida digna uma prestação compatível do Estado quando se refere à proteção da saúde.

Argumenta-se que o dever imposto pela Constituição ao Poder Público de gerenciar e fornecer os recursos dignos às pessoas para que estas não se vejam desamparadas em relação a sua saúde, faz entender que, quando presente uma pessoa a qual não se reservam condições materiais para ter um acesso digno aos recursos para a realização de um tratamento adequado a sua saúde, ao Estado será designada esta função.

Essa responsabilidade do Estado ainda é vista de forma solidária, cabendo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios observarem as necessidades da população nesse sentido, sendo de responsabilidade da Administração Pública a organização de como serão atendidas as políticas públicas de saúde e por qual esfera a população será atendida em casos especiais.

Esse pensamento hoje é praticamente o entendimento majoritário dentro do STJ, cabendo citarmos trecho do acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.159.382, pelo Ministro Relator Mauro Campbell Marques:

O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos às pessoas carentes que

necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva *ad causam* dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS – ACÓRDÃO COM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL – AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SÚMULA 126 DO STJ.

1. *Ab initio*, ressalta-se que, ainda que a matéria tenha sido reconhecida como de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, descabe sobrestar o julgamento do recurso especial, conforme orientação da Corte Especial e como consignado pela Primeira Seção na QO no REsp 1.002.932/SP.

2. O aresto recorrido abriga fundamentos de índole constitucional e infraconstitucional em seu ponto central. Ocorre, contudo, que a recorrente não cuidou de interpor o devido recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, de modo a incidir a jurisprudência sedimentada por meio da Súmula 126/STJ.

3. Ademais, o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento jurisprudencial do STJ, no sentido de que o fornecimento de medicamentos para as situações de exceção deve ser coordenado entre as três esferas políticas: União, Estado e Município, não sendo permitido, dado o texto constitucional, imputar-se responsabilidade a apenas um dos operadores. Agravo regimental improvido." (AgRg no Resp 1.076.019/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.6.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS – LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.

1. Esta Corte em reiterados precedentes tem reconhecido a responsabilidade solidária do entes federativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde e à obrigação de fornecer medicamentos a pacientes portadores de doenças consideradas graves.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no Ag 961.677/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 11.6.2008) (Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.159.382 - SC (2009/0195813-6), Ministro Relator Mauro Campbell Marques, Superior Tribunal de Justiça – Julgado em: 05 de agosto de 2010.)

Ainda no mesmo Tribunal, podemos citar um segundo julgado realizado no Agravo de Instrumento nº 1.107.605 – SC, proferido pelo Ministro Relator Herman Benjamin:

Dessa forma, segue-se a firme orientação deste Tribunal Superior, que decidiu que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, estados-membros 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" (REsp 834.294/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ 26.09.2006).

Nesse sentido, cito recente julgado desta Corte:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE REMÉDIO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. 1. Conforme orientação firmada na QO no REsp 1.002.932/SP, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça não precisa paralisar a análise de matéria que vem sendo enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral.

2. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que não cabem embargos de declaração para que o STJ enfrente matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Precedentes.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 907.820/SC, Rel. Ministro MAURO

CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 05/05/2010). (Agravo de Instrumento nº 1.107.605 – SC (2008/0230114-8), Ministro Herman Benjamin, Superior Tribunal de Justiça – Julgado em: 03 de agosto de 2010.)

Assim, quanto à responsabilidade o Tribunal foi claro ao entender que a responsabilidade na prestação ao direito à saúde é realizado de forma solidária pelos Entes do Poder Executivo.

Já em razão da discussão em face do direito social à saúde, os seus princípios informadores e sua eficácia frente a esses tantos problemas, o STJ também já se manifestou e de forma bem detalhada sobre o respectivo assunto, afirmando sob linhas gerais a obrigação do Estado em cumprir com o seu dever de prestar o direito à saúde à população observando assim a garantia dos direitos fundamentais. Ainda manifesta-se a respeito da separação dos poderes, Mínimo Existencial e Reserva do Possível, fazendo assim um julgado bem detalhado em razão das polêmicas que o tema se envolve.

Válido é citá-lo, através do voto proferido pelo Ministro Humberto Martins:

ACP. CONTROLE JUDICIAL. POLÍTICAS PÚBLICAS. Trata-se, na origem, de ação civil pública (ACP) em que o MP pleiteia do Estado o fornecimento de equipamento e materiais faltantes para hospital universitário. A Turma entendeu que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Haveria uma distorção se se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente

concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade à qual estava vinculada, não se deve aplicar o referido princípio. Nesse caso, encontra-se o Poder Judiciário autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. Assim, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, pois violaria o princípio da separação dos poderes. A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo. Quanto ao princípio da reserva do possível, ele não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido o mínimo existencial é que se pode cogitar da efetivação de outros gastos. Logo, se não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário ordene a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. A omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção de dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, pois esse não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim poder que detém parcela de soberania nacional. Assim, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados do STF: MC na ADPF 45-DF, DJ 4/5/2004; AgRg no RE 595.595-SC, DJe 29/5/2009; do STJ: REsp 575.998-MG, DJ 16/11/2004, e REsp 429.570-GO, DJ 22/3/2004. REsp 1.041.197-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 25 de agosto de 2009.

Enxergamos então, clara retórica no sentido de afirmar que ao Estado caberá a responsabilidade em atender os serviços públicos ligados à saúde para a população, visando a efetivação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Afirmam ainda que, para falar em violação ao princípio da separação dos poderes, outras circunstâncias diversas das que estão presentes em todos os casos que se referem a essa matéria deveriam estar presentes.

O que se verifica é o Judiciário atuando como fiscalizador e obrigando o Poder Executivo a executar os deveres pelos quais a ele é responsabilizado e que não é atendido de forma completa, seja por descaso dos governantes, ou seja por outros motivos que se fixam em entendimentos subjetivos de quem administra os recursos a serem aplicados.

Quanto ao mínimo existencial, pontual é a afirmação da obrigatoriedade de sua efetivação de forma anterior à observação da reserva do

possível, não podendo então buscarmos como argumento a situação dos recursos financeiros antes de enxergarmos as necessidades e situações do homem.

Ainda quanto à reserva do possível, o STJ se manifestou também sobre o assunto, no aspecto da verificação da escassez do orçamento, já que, por muitas vezes, encontram-se argumentos da falta de recursos, mas que jamais são demonstrados.

O mesmo ministro Humberto Martins, proferiu decisão no sentido de esclarecer a reserva do possível e sua aplicabilidade:

FISCALIZAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. Há lei a impor ao recorrido (órgão regulador) a obrigação de fiscalizar os serviços públicos concedidos, bem como reprimir infrações aos direitos dos usuários (art. 19 da Lei n. 9.472/1997). Assim, não há discricionariedade quanto à fiscalização. A discricionariedade porventura existente circunscrever-se-ia à escolha do meio pelo qual a fiscalização será exercida; mesmo assim, o administrador está de tal modo vinculado à finalidade legal que o meio deverá, necessariamente, ser o mais eficiente. Isso se deve ao fato de que a discricionariedade administrativa, antes de tudo, é um dever posto à Administração para que, diante do caso concreto, encontre, entre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. Quanto à invocação da reserva do possível para justificar a ausência da fiscalização, ela não pode ser apresentada de forma genérica, sem provas da falta de recursos financeiros. Ademais, exige considerações sobre a situação orçamentária do ente público, a esbarrar na proibição constante da Súm. n. 7-STJ. Precedente citado: AgRg no Ag 1.014.339-MS, DJe 24/9/2008. REsp 764.085-PR, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 1º/12/2009.

Percebe-se, após a exposição de alguns julgados e manifestações dos Ministros, forte tendência no Superior Tribunal de Justiça a buscar de forma primeira a conservação do direito à saúde e conseqüentemente ao direito à vida, buscando sempre observar, dentro do campo de discussão jurídica, as melhores medidas que se aproximam de um ideal de justiça. Verifica-se ainda, a argumentação sob o aspecto de fatores técnicos, como avaliação da eficácia dos tratamentos, que tais fatos são designados à competência de órgãos especializados no tema, incumbindo a análise destes temas à área médica e da saúde.

Vencida a análise do STJ, passamos a observar o entendimento que é encontrado atualmente dentro do Supremo Tribunal Federal.

De antemão, é necessário afirmar que não existe um entendimento consolidado a respeito do tema, sendo realizadas diversas discussões com o fim de buscar soluções com equidade.

Neste assunto, foi realizada uma Audiência Pública onde buscou angariar argumentos de diversos especialistas sobre o assunto para tentar se chegar a uma conclusão. Essa Audiência Pública realizada no STF será anexada ao fim do trabalho como forma de melhor amparar e esclarecer o assunto.

Passando-se então para a avaliação das decisões proferidas pelo STF, iremos usar como base alguns julgados relevantes encontrados junto ao arquivo deste Tribunal que nos guiam com argumentos embasados e fortemente defendidos, mas que conforme já afirmado, ainda não se trata de posição consolidada.

O ministro Celso de Mello, em uma de suas manifestações acerca do tema, foi claro e específico ao abordar as regras e princípios que entornam o tema.

Olhando o seu voto, percebe-se o claro entendimento do Excelentíssimo Ministro em primeiramente defender à vida e à saúde dos cidadãos brasileiros, tendo como base dessa afirmação, o dever imposto ao Estado pelo Constituinte na prestação deste direito.

Afirma ainda, a real necessidade em efetivar o direito de forma correta e plena, não podendo ser afirmado o caráter programático da norma, como por muitos é afirmado. Alega que tal alegação acarreta em promessa constitucional inconsequente, ou seja, tal argumento transformaria um direito líquido e certo e que é protegido pela Constituição em mera expectativa, deixando sua prestação a cargo da boa vontade da Administração Pública.

Essa idéia está intimamente ligada à previsão da fundamentalidade do direito à saúde, buscando então, a todo termo sua efetivação de modo positivo.

Essa manifestação está presente no julgado do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-0, onde o Ministro Celso de Mello brilhantemente se manifestou, conforme se detecta nos trechos abaixo citados:

“Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável

assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.(...)

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item nº. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, subsistir, 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 (...)

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-0, STF – Ministro Relator: Celso de Mello – julgado em: 12 de dezembro de 2006)”

O Supremo Tribunal Federal vem também demonstrando a tendência em privilegiar o ser humano, antes das contas públicas estatais.

Obviamente, temos que considerar que exigir uma prestação de modo incondicionado por parte do Poder Público seria inviável, mas aqui o que se preocupa são condições básicas a todos os indivíduos poderem exercer o direito à vida de forma paritária e equânime.

Julgados neste sentido são encontrados de forma devastadora, podendo também ser citado o entendimento proferido pelo Ministro Nelson Jobim, no julgamento do Agravo de Recurso Extraordinário nº 255.627-1, julgado em 21 de novembro de 2000, leva-se o mesmo entendimento quanto à aplicabilidade do direito à saúde e a questão atinente a sua efetividade.

Mesmo diante destes julgados amplamente fundamentados, a discussão quanto ao assunto contínuo no STF, e conforme já citado, houve a necessidade da realização de uma Audiência Pública com o fim de melhor esclarecer tal assunto, sendo ouvidas diversas pessoas, especialistas em diversas áreas com o fim de buscar uma solução adequada para este problema.

Desta audiência, foi dada origem a uma recomendação emitida pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, contendo orientações atinentes à análise dos litígios que versarem sobre o presente tema.

Essa recomendação visou de forma mais ampla tentar criar parâmetros para que o Judiciário e o Poder Executivo caminhem juntos na efetivação do direito à saúde.

Após a realização da Audiência Pública nº 4 realizada pelo STF que buscou debater a prestação da saúde pelo Estado e a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados sobre os problemas de saúde enfrentados pelos autores da demanda e o adequado tratamento a ser realizado, efetuou-se a criação dessas recomendações através do Ministro Gilmar Mendes, como forma de melhor orientar os caminhos do Judiciário.

Neste documento levou-se em conta tanto o problema da efetivação do direito à saúde, como também buscou assegurar normas que garantissem a sustentabilidade e gerenciamento do SUS, observando-se regras da ANVISA, as recomendações proferidas pelos gestores públicos, o entendimento de especialistas na área médica e jurídica, entre outros sustentáveis argumentos que valessem como base para a melhor interpretação da norma.

Assim, resolveu-se no sentido de disponibilizar convênios com médicos e farmacêuticos junto aos Tribunais e seus magistrados, como forma de amparar a formação jurídica do juiz ou do desembargador.

Foram previstas também regras quanto à instrução documental das demandas referentes a este direito, em não conceder a tutela sobre medicamentos os quais não estejam previstos pela ANVISA, ouvir o chefe do Poder Executivo e suas possibilidades, avaliar junto a órgãos responsáveis a eficácia de medicamentos experimentais, entre outras diversas medidas que em seu fim busca apenas concretizar o objetivo da sociedade, que é a tutela adequada e afetiva para toda sociedade, não privando ninguém de seu direito e não permitindo o cometimento de excessos, tanto pelo Judiciário, como pelos pedidos realizados pelo cidadão.

Todas essas ponderações devem ser levadas em conta no caso prático, como forma de enxergarmos coletivamente o que é mais adequado para a

sociedade e para a proteção de um direito constitucional e principalmente, fundamental.

8 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou colher informações que pudessem nos encaminhar a um entendimento adequado e justo a respeito do tema saúde, visualizando não apenas conceitos ligados diretamente ao tema, mas buscando também a conceituação de princípios que delimitam uma conduta a ser seguida quando da observação deste direito, de regras criadas doutrinariamente que possuem forte influência com as questões ora levantadas.

Inicialmente, para início do desenvolvimento da conclusão é importante afirmar preceitos básicos que aqui foram percebidos.

O direito à saúde trata-se de direito fundamental, conforme previsão Constitucional, mantendo ainda seu caráter social. Assim sendo, é um direito absolutamente garantido ao indivíduo, não podendo ser retirado do seu alcance, pois assim feriria sua eficácia como uma *clausula pétrea* e sua efetivação se dá claramente por políticas públicas de responsabilidade do Estado (União, Estados e Distrito Federal e Municípios) que deverão assumir medidas e responsabilidade que atinjam o fim de prestar a todos os cidadãos a proteção necessária e eficaz ao direito à saúde.

Essa idéia da prestação do Estado possui embasamento jurídico justamente na segunda dimensão de direito que é clara em afirmar a obrigatoriedade das ações do Estado a fim de levar a população todo o respaldo para que exista o direito, não podendo aceitar que o Estado espere um indivíduo clamar por seu amparo para que tome medidas protetivas.

Fixados esses dois pontos iniciais de que o direito à saúde é indispensável ao Homem e cabe ao Estado efetivá-lo através de políticas públicas eficazes, o início do desenvolvimento de nossa conclusão caminha de forma clara e facilitando o resto do entendimento.

Vimos que a efetivação desse direito passa pelo crivo dos princípios do Mínimo Existencial e a Reserva do Possível, os quais trazem grande carga teórica para avaliação.

A nosso ver, deverá primeiramente ser observado pelo judiciário quando presente um litígio que envolva saúde o princípio do mínimo existencial, pois, raciocinamos que toda construção legal que existe só se faz presente pela existência humana, ou seja, a existência humana é necessária para a composição de um Estado de Direito que desencadeará a necessidade de formulação de leis e direitos básicos a serem assegurados.

Dessa análise, angariamos argumentos de forma arcaica e objetiva em esclarecer o porquê se tutelar inicialmente pela existência do ser humano antes das contas públicas.

Ao afirmarmos que a saúde deve ser assegurada de forma plena e total estamos indiretamente garantindo a vida a todos, pois o conceito vida não se restringirá a manter-se vivo. Ter uma vida digna passa também por esse entendimento.

Assim, o primeiro ponto em que defendemos a efetivação da saúde de forma ampla está respaldado na idéia do caráter social da saúde, de sua fundamentalidade prevista na Constituição Federal, da íntima ligação que esse direito tem com a vida e conseqüentemente também se resguarda com a dignidade humana, vetor constitucional que serve para melhor amoldar todo e qualquer direito previsto na Carta Magna.

Em contrapartida, verificaremos um problema que também não pode ser deixado de lado, pois é real e atinge muitos dos Entes Públicos: a limitação orçamentária do Poder Público.

O legislador, quando atribuiu a competência para a prestação desse direito, o fez imputando à União, aos Estados e Distrito Federal e aos Municípios de forma solidária, ou seja, respondem conjuntamente por essa responsabilidade.

O problema que vem ocorrendo é que a grande carga de demandas tem sido ingressada contra muitas vezes apenas o Município ou a um dos Entes com menor potencial financeiro, sobrecarregando-o e assim dificultando a prestação de forma integral pelo Estado.

Deste ponto, começaram a alegar a desnecessidade da prestação total pelo Estado, tendo em vista a existência do princípio da Reserva do Possível que

excluiria a total responsabilidade do Estado quando da ausência de recursos mínimos para prestar o direito.

Essa teoria foi aceita por muitos estudiosos do direito e por julgadores que passaram a observá-la em muitos casos e assim de certo modo equilibrou a prestação do direito com a capacidade financeira alegada pelo Estado.

O problema desta afirmação é que os Entes Públicos passaram a utilizar dessa alegação de forma discriminada e sem se preocupar em demonstrar essa ausência de recursos.

Feito tudo isso, criamos a consciência de que ao Estado é atribuída a responsabilidade quanto a prestar o direito à saúde, devendo-o observar o respeito à vida humana, a sua dignidade e a necessidade de amparar à saúde de todos.

A alegação quanto ao respeito dos orçamentos públicos ou quanto à competência interna na prestação do Direito, tal tarefa fica atribuída a cargo do Poder Executivo delimitar e buscar regras que organize essa prestação estatal à saúde e também em demonstrar a escassez dos recursos financeiros em cada caso específico onde o Estado entende não possuir recursos para fornecê-lo, ressalvada a observação de que esse princípio não poderá ser objeto de mera retórica por parte do Estado como forma de protelar um direito líquido e certo do homem ou para se esquivar de sua responsabilidade, pois entende-se que ao gestor público a primeira tarefa que é direcionada a ele é assegurar a vida de todos, amparando assim a educação, a saúde, como todos os outros direitos indispensáveis a uma vida humana saudável, antes de qualquer tipo de realização de obras ligadas a lazer ou outros ramos que são importantes também a sociedade, mas que possuem menor importância frente aos direitos aqui discutidos.

Por fim, válido é citar formas atuais que o Judiciário tem encontrado para tentar resolver tais conflitos da melhor maneira possível para a sociedade.

No presente tema, foi realizada a Audiência Pública de nº 4 no STF, onde se buscou reunir a maior gama de pessoas ligadas ao tema e de diversos ramos distintos, onde se pode ouvir opiniões distintas e especializadas quanto ao direito à saúde, sendo posteriormente formulado a Recomendação nº 31 da CNJ.

Essa ação tomada pelo STF, claramente nos mostra a intenção do Judiciário em ouvir a sociedade para que a aplicação da norma, não se limite apenas à vontade do julgador e a sua interpretação à lei. Há a necessidade também

de observarmos as realidades sociais, através da opinião de pessoas de outras áreas que também podem influir positivamente para um entendimento adequado.

A busca que se faz quando se discute o presente tema não é tentar demonstrar quem está com a razão, seja a população que exige e o atual Judiciário que quase sempre acolhe integralmente os pedidos, ou o Estado que afirma não ter condições financeiras para arcar com todos os pedidos. O que tentam efetivar é a proteção à pessoa humana que, se analisada friamente, é o pilar central de toda essa evolução jurídica, devendo-se então observar as regras de uma maneira social, descobrindo e clareando idéias que sejam realmente eficazes para a prestação do direito, tanto dentro do Judiciário, como também dentro da Administração Pública.

Ao afirmarmos que, a saúde deve ser assegurada de forma plena e total, estamos indiretamente garantindo a vida a todos, pois o conceito vida não se restringirá a manter-se vivo, ter uma vida digna passa também por esse entendimento.

Assim, o primeiro ponto em que defendemos a efetivação da saúde de forma ampla está respaldado na idéia do caráter social da saúde, de sua fundamentalidade prevista na Constituição Federal, da íntima ligação que esse direito tem com a vida e conseqüentemente também se resguarda com a dignidade humana, vetor constitucional que serve para melhor amoldar todo e qualquer direito previsto na Carta Magna.

Em contrapartida, verificaremos um problema que também não pode ser deixado de lado, pois é real e atinge muitos dos Entes Públicos, a limitação orçamentária do Poder Público.

O legislador quando atribuiu a competência para a prestação desse direito, o fez imputando a União, aos Estados e Distrito Federal e aos Municípios de forma solidária, ou seja, respondem conjuntamente por essa responsabilidade.

O problema que vem ocorrendo é que a grande carga de demandas tem sido ingressadas contra muitas vezes apenas o Município ou a um dos Entes com menor potencial financeiro, sobrecarregando-o e assim dificultando a prestação de forma integral pelo Estado.

Deste ponto, começaram a alegar a desnecessidade da prestação total pelo Estado, tendo em vista a existência do princípio da Reserva do Possível que excluiria a total responsabilidade do Estado quando da ausência de recursos mínimos para prestar o direito.

Essa teoria foi aceita por muitos estudiosos do direito e por julgadores que passaram a observá-la em muitos casos e assim de certo modo equilibrou a prestação do direito com a capacidade financeira alegada pelo Estado.

O problema desta afirmação é que os Entes Públicos passaram a utilizar dessa alegação de forma discriminada e sem se preocupar em demonstrar essa ausência de recursos.

Feito tudo isso, criamos a consciência de que ao Estado é atribuída a responsabilidade quanto a prestar o direito à saúde, devendo-o observar o respeito à vida humana, a sua dignidade e a necessidade de amparar à saúde de todos.

A alegação quanto ao respeito dos orçamentos públicos ou quanto a competência interna na prestação do Direito, tal tarefa fica atribuída a cargo do Poder Executivo delimitar e buscar regras que organize essa prestação estatal à saúde e também em demonstrar a escassez dos recursos financeiros em cada caso específico onde o Estado entende não possuir recursos para fornecê-lo, ressalvada a observação de que, esse princípio não poderá ser objeto de mera retórica por parte do Estado como forma de protelar um direito líquido e certo do homem ou para se esquivar de sua responsabilidade, pois entende-se que ao gestor público a primeira tarefa que é direcionada a ele é assegurar a vida de todos, amparando assim a educação, a saúde, como todos os outros direitos indispensáveis a uma vida humana saudável, antes de qualquer tipo de realização de obras ligadas a lazer ou outros ramos que são importantes também a sociedade, mas que possuem menor importância frente aos direitos aqui discutidos.

Por fim, válido é citar formas atuais que o Judiciário tem encontrado para tentar resolver tais conflitos da melhor maneira possível para a sociedade.

No presente tema, foi realizada a Audiência Pública de nº 4 no STF, onde se buscou reunir a maior gama de pessoas ligadas ao tema e de diversos ramos distintos, onde pode-se ouvir opiniões distintas e especializadas quanto ao direito à saúde, sendo posteriormente formulado a Recomendação nº 31 da CNJ.

Essa ação tomada pelo STF, claramente nos mostra a intenção do Judiciário em ouvir a sociedade para que a aplicação da norma, não se limite apenas a vontade do julgador e a sua interpretação a lei, há a necessidade também de observarmos as realidades sociais, através da opinião de pessoas de outras áreas que também podem influir positivamente para um entendimento adequado.

A busca que se faz quando se discute o presente tema não é tentar demonstrar quem está com a razão, seja a população que exige e o atual Judiciário que quase sempre acolhe integralmente os pedidos, ou o Estado que afirma não ter condições financeiras para arcar com todos os pedidos. O que tentam efetivar é a proteção a pessoa humana que se analisado friamente, é o pilar central de toda essa evolução jurídica, devendo-se então observar as regras de uma maneira social, descobrindo e clareando idéias que sejam realmente eficazes para a prestação do direito, tanto dentro do Judiciário, como também dentro da Administração Pública.

BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando – **Tratado de Direito Internacional Público**, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1956, I, página 109

BOBBIO, Norberto – **A era dos Direitos** : tradução de Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo – **Do Estado Liberal ao Estado Social** / 6ª Edição revisada e ampliada: São Paulo; Editora Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional** – Malheiros Editores – 13ª Edição, revista e atualizada -

BRASIL – **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.682-3** – Mato Grosso – Relator Gilmar Mendes – Superior Tribunal Federal – Tribunal Pleno – d.j 09/05/2007 - página 10 <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460> – Acesso em 19 de maio de 2010

BRASIL – **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.159.382** - SC (2009/0195813-6), Ministro Relator Mauro Campbell Marques, Superior Tribunal de Justiça – Julgado em: 05 de agosto de 2010.

BRASIL – **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Agravo de Instrumento nº 1.107.605** – SC (2008/0230114-8), Ministro Herman Benjamin, Superior Tribunal de Justiça – Julgado em: 03 de agosto de 2010.

BRASIL – **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ADPF 45-DF, DJ 4/5/2004; AgRg no RE 595.595-SC**, DJe 29/5/2009; do STJ: REsp 575.998-MG, DJ 16/11/2004, e REsp 429.570-GO, DJ 22/3/2004. REsp 1.041.197-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 25 de agosto de 2009

BRASIL – **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-0**, STF – Ministro Relator: Celso de Mello – julgado em: 12 de dezembro de 2006.

BRASIL – **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – Recomendação nº 31** de 30 de março de 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves – **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição ; Direito Constitucional Positivo** – 16ª Edição – Revista, atualizada e ampliada – editora Del Rey – 2010.

DA SILVA, José Afonso – **Curso de Direito Constitucional Positivo** – editora Malheiros – 2008 – 32ª edição, revista e atualizada

FRANCO, Paulo Alves – **Estatuto do Idoso Anotado** – 2ª edição Revista, ampliada e atualizada – editora Servanda ; 2005

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da proibição de proteção deficiente**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 16 dezembro. 2009 – Acesso em 19 de maio de 2010

ISHIDA, Válder Kenji **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2010

JUNIOR, Dirley da Cunha – **Curso de Direito Constitucional / 3ª Edição**. rev., ampl. e atual. Salvador : Editora JusPodivm, 2009.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. **Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9241>>. Acesso em 25 de abril de 2010

LIBERATI, Wilson Donizeti Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 9ª ed, rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

LIMA, George Marmelstein – **Mínima Existencial, Reserva do possível e Direito à saúde** – Artigo Publicado na Internet - <http://direitosfundamentais.net/2008/10/27/minimo-existencial-reserva-do-possivel-e-direito-a-saude/> – Acesso em 16 de maio de 2010

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de – **Direito Constitucional** / Belo Horizonte : Editora Mandamentos, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. 3. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

PRADO, Henrique Sartori de Almeida – **As dimensões dos direitos fundamentais e seu perfil de evolução** - www.jurisway.org.br – acesso em: 19/10/2010 - http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=937

SANTOS, Lenir - **Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 821, 2 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7378>>. Acesso em: 26 out. 2010

SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais** – Editora livraria dos advogados – 2001

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista da Ajuris, ano XXXII, n.º 98, junho/2005, p. 132.).

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: 16 out. 2010.
MORAES, Alexandre de –

ANEXO A – Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990.

Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

**TÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

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

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

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

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

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

**TÍTULO II
DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE****DISPOSIÇÃO PRELIMINAR**

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e

indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

CAPÍTULO I Dos Objetivos e Atribuições

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

§ 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

I - assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;

II - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;

III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração,

armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;

IV - avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;

V - informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional;

VI - participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;

VII - revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e

VIII - a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores.

CAPÍTULO II Dos Princípios e Diretrizes

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no [art. 198 da Constituição Federal](#), obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - 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;

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 a 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, 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.

CAPÍTULO III

Da Organização, da Direção e da Gestão

Art. 8º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o [inciso I do art. 198 da Constituição Federal](#), sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

§ 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.

§ 2º No nível municipal, o Sistema Único de Saúde (SUS), poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde.

Art. 11. [\(Vetado\)](#).

Art. 12. Serão criadas comissões intersetoriais de âmbito nacional, subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde, integradas pelos Ministérios e órgãos competentes e por entidades representativas da sociedade civil.

Parágrafo único. As comissões intersetoriais terão a finalidade de articular políticas e programas de interesse para a saúde, cuja execução envolva áreas não compreendidas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 13. A articulação das políticas e programas, a cargo das comissões intersetoriais, abrangerá, em especial, as seguintes atividades:

- I - alimentação e nutrição;
- II - saneamento e meio ambiente;
- III - vigilância sanitária e farmacoepidemiologia;
- IV - recursos humanos;
- V - ciência e tecnologia; e
- VI - saúde do trabalhador.

Art. 14. Deverão ser criadas Comissões Permanentes de integração entre os serviços de saúde e as instituições de ensino profissional e superior.

Parágrafo único. Cada uma dessas comissões terá por finalidade propor prioridades, métodos e estratégias para a formação e educação continuada dos recursos humanos do Sistema Único de Saúde (SUS), na esfera correspondente, assim como em relação à pesquisa e à cooperação técnica entre essas instituições.

CAPÍTULO IV Da Competência e das Atribuições

Seção I Das Atribuições Comuns

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

- I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;
- II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;
- III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;

IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;

V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;

VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;

VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;

VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde;

IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;

X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;

XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;

XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;

XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;

XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;

XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde;

XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde;

XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;

XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.

Seção II Da Competência

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

I - formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição;

II - participar na formulação e na implementação das políticas:

a) de controle das agressões ao meio ambiente;

b) de saneamento básico; e

c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho;

III - definir e coordenar os sistemas:

a) de redes integradas de assistência de alta complexidade;

b) de rede de laboratórios de saúde pública;

c) de vigilância epidemiológica; e

d) vigilância sanitária;

IV - participar da definição de normas e mecanismos de controle, com órgão afins, de agravo sobre o meio ambiente ou dele decorrentes, que tenham repercussão na saúde humana;

V - participar da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho e coordenar a política de saúde do trabalhador;

VI - coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica;

VII - estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios;

VIII - estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo e uso humano;

IX - promover articulação com os órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área de saúde;

X - formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais;

XI - identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde;

XII - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional;

XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;

XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;

XVI - normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;

XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal;

XIX - estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal. ([Vide Decreto nº 1.651, de 1995](#))

Parágrafo único. A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional.

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

IV - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços:

- a) de vigilância epidemiológica;
- b) de vigilância sanitária;
- c) de alimentação e nutrição; e
- d) de saúde do trabalhador;

V - participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana;

VI - participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico;

VII - participar das ações de controle e avaliação das condições e dos ambientes de trabalho;

VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde;

IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;

X - coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa;

XI - estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde;

XII - formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano;

XIII - colaborar com a União na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

XIV - o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;

III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;

IV - executar serviços:

- a) de vigilância epidemiológica;
- b) vigilância sanitária;
- c) de alimentação e nutrição;
- d) de saneamento básico; e
- e) de saúde do trabalhador;

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;

VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;

VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;

VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;

IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;

XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.

CAPÍTULO V Do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, obedecerão ao disposto nesta Lei. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-B. É instituído um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, componente do Sistema Único de Saúde – SUS, criado e definido por esta Lei, e pela [Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990](#), com o qual funcionará em perfeita integração. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-C. Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-D. O SUS promoverá a articulação do Subsistema instituído por esta Lei com os órgãos responsáveis pela Política Indígena do País. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-E. Os Estados, Municípios, outras instituições governamentais e não-governamentais poderão atuar complementarmente no custeio e execução das ações. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-G. O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena deverá ser, como o SUS, descentralizado, hierarquizado e regionalizado. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

§ 1º O Subsistema de que trata o *caput* deste artigo terá como base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

§ 2º O SUS servirá de retaguarda e referência ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, devendo, para isso, ocorrer adaptações na estrutura e organização do SUS nas regiões onde residem as populações indígenas, para propiciar essa integração e o atendimento necessário em todos os níveis, sem discriminações. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

§ 3º As populações indígenas devem ter acesso garantido ao SUS, em âmbito local, regional e de centros especializados, de acordo com suas necessidades, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária à saúde. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-H. As populações indígenas terão direito a participar dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, quando for o caso. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

CAPÍTULO VI DO SUBSISTEMA DE ATENDIMENTO E INTERNAÇÃO DOMICILIAR [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

Art. 19-I. São estabelecidos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

§ 1º Na modalidade de assistência de atendimento e internação domiciliares incluem-se, principalmente, os procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

§ 2º O atendimento e a internação domiciliares serão realizados por equipes multidisciplinares que atuarão nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

§ 3º O atendimento e a internação domiciliares só poderão ser realizados por indicação médica, com expressa concordância do paciente e de sua família. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

CAPÍTULO VII
DO SUBSISTEMA DE ACOMPANHAMENTO DURANTE O
TRABALHO DE PARTO, PARTO E PÓS-PARTO IMEDIATO
[\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

§ 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente. [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

§ 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo. [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

Art. 19-L. [\(VETADO\)](#) [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

TÍTULO III
DOS SERVIÇOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

CAPÍTULO I
Do Funcionamento

Art. 20. Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde.

Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.

Art. 23. É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos.

§ 1º Em qualquer caso é obrigatória a autorização do órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), submetendo-se a seu controle as atividades que forem desenvolvidas e os instrumentos que forem firmados.

§ 2º Excetuam-se do disposto neste artigo os serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social.

CAPÍTULO II Da Participação Complementar

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

§ 3º [\(Vetado\)](#).

§ 4º Aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).

TÍTULO IV DOS RECURSOS HUMANOS

Art. 27. A política de recursos humanos na área da saúde será formalizada e executada, articuladamente, pelas diferentes esferas de governo, em cumprimento dos seguintes objetivos:

I - organização de um sistema de formação de recursos humanos em todos os níveis de ensino, inclusive de pós-graduação, além da elaboração de programas de permanente aperfeiçoamento de pessoal;

II - [\(Vetado\)](#)

III - [\(Vetado\)](#)

IV - valorização da dedicação exclusiva aos serviços do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. Os serviços públicos que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) constituem campo de prática para ensino e pesquisa, mediante normas específicas, elaboradas conjuntamente com o sistema educacional.

Art. 28. Os cargos e funções de chefia, direção e assessoramento, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), só poderão ser exercidas em regime de tempo integral.

§ 1º Os servidores que legalmente acumulam dois cargos ou empregos poderão exercer suas atividades em mais de um estabelecimento do Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também aos servidores em regime de tempo integral, com exceção dos ocupantes de cargos ou função de chefia, direção ou assessoramento.

Art. 29. [\(Vetado\)](#).

Art. 30. As especializações na forma de treinamento em serviço sob supervisão serão regulamentadas por Comissão Nacional, instituída de acordo com o art. 12 desta Lei, garantida a participação das entidades profissionais correspondentes.

TÍTULO V DO FINANCIAMENTO

CAPÍTULO I Dos Recursos

Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de:

I - [\(Vetado\)](#)

II - Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde;

III - ajuda, contribuições, doações e donativos;

IV - alienações patrimoniais e rendimentos de capital;

V - taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e

VI - rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

§ 1º Ao Sistema Único de Saúde (SUS) caberá metade da receita de que trata o inciso I deste artigo, apurada mensalmente, a qual será destinada à recuperação de viciados.

§ 2º As receitas geradas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) serão creditadas diretamente em contas especiais, movimentadas pela sua direção, na esfera de poder onde forem arrecadadas.

§ 3º As ações de saneamento que venham a ser executadas supletivamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), serão financiadas por recursos tarifários específicos e outros da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e, em particular, do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

§ 4º [\(Vetado\)](#).

§ 5º As atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde serão co-financiadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pelas universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de instituições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executoras.

§ 6º [\(Vetado\)](#).

CAPÍTULO II Da Gestão Financeira

Art. 33. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.

§ 1º Na esfera federal, os recursos financeiros, originários do Orçamento da Seguridade Social, de outros Orçamentos da União, além de outras fontes, serão administrados pelo Ministério da Saúde, através do Fundo Nacional de Saúde.

§ 2º [\(Vetado\)](#).

§ 3º [\(Vetado\)](#).

§ 4º O Ministério da Saúde acompanhará, através de seu sistema de auditoria, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios. Constatada a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei.

Art. 34. As autoridades responsáveis pela distribuição da receita efetivamente arrecadada transferirão automaticamente ao Fundo Nacional de Saúde (FNS), observado o critério do parágrafo único deste artigo, os recursos financeiros correspondentes às dotações consignadas no Orçamento da Seguridade Social, a projetos e atividades a serem executados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. Na distribuição dos recursos financeiros da Seguridade Social será observada a mesma proporção da despesa prevista de cada área, no Orçamento da Seguridade Social.

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

I - perfil demográfico da região;

II - perfil epidemiológico da população a ser coberta;

III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;

IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;

V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;

VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede;

VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

§ 1º Metade dos recursos destinados a Estados e Municípios será distribuída segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, independentemente de qualquer procedimento prévio.

§ 2º Nos casos de Estados e Municípios sujeitos a notório processo de migração, os critérios demográficos mencionados nesta lei serão ponderados por outros indicadores de crescimento populacional, em especial o número de eleitores registrados.

§ 3º [\(Vetado\)](#).

§ 4º [\(Vetado\)](#).

§ 5º [\(Vetado\)](#).

§ 6º O disposto no parágrafo anterior não prejudica a atuação dos órgãos de controle interno e externo e nem a aplicação de penalidades previstas em lei, em caso de irregularidades verificadas na gestão dos recursos transferidos.

CAPÍTULO III Do Planejamento e do Orçamento

Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

§ 1º Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária.

§ 2º É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde.

Art. 37. O Conselho Nacional de Saúde estabelecerá as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, em função das características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada jurisdição administrativa.

Art. 38. Não será permitida a destinação de subvenções e auxílios a instituições prestadoras de serviços de saúde com finalidade lucrativa.

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 39. [\(Vetado\)](#).

§ 1º [\(Vetado\)](#).

§ 2º [\(Vetado\)](#).

§ 3º [\(Vetado\)](#).

§ 4º [\(Vetado\)](#).

§ 5º A cessão de uso dos imóveis de propriedade do Inamps para órgãos integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS) será feita de modo a preservá-los como patrimônio da Seguridade Social.

§ 6º Os imóveis de que trata o parágrafo anterior serão inventariados com todos os seus acessórios, equipamentos e outros

§ 7º [\(Vetado\)](#).

§ 8º O acesso aos serviços de informática e bases de dados, mantidos pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, será assegurado às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde ou órgãos congêneres, como suporte ao processo de gestão, de forma a permitir a gerência informatizada das contas e a disseminação de estatísticas sanitárias e epidemiológicas médico-hospitalares.

Art. 40. [\(Vetado\)](#)

Art. 41. As ações desenvolvidas pela Fundação das Pioneiras Sociais e pelo Instituto Nacional do Câncer, supervisionadas pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), permanecerão como referencial de prestação de serviços, formação de recursos humanos e para transferência de tecnologia.

Art. 42. [\(Vetado\)](#).

Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

Art. 44. [\(Vetado\)](#).

Art. 45. Os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), mediante convênio, preservada a sua autonomia administrativa, em relação ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ensino, pesquisa e extensão nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados.

§ 1º Os serviços de saúde de sistemas estaduais e municipais de previdência social deverão integrar-se à direção correspondente do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme seu âmbito de atuação, bem como quaisquer outros órgãos e serviços de saúde.

§ 2º Em tempo de paz e havendo interesse recíproco, os serviços de saúde das Forças Armadas poderão integrar-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), conforme se dispuser em convênio que, para esse fim, for firmado.

Art. 46. o Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecerá mecanismos de incentivos à participação do setor privado no investimento em ciência e tecnologia e estimulará a transferência de tecnologia das universidades e institutos de pesquisa aos serviços de saúde nos Estados, Distrito Federal e Municípios, e às empresas nacionais.

Art. 47. O Ministério da Saúde, em articulação com os níveis estaduais e municipais do Sistema Único de Saúde (SUS), organizará, no prazo de dois anos, um sistema nacional de informações em saúde, integrado em todo o território nacional, abrangendo questões epidemiológicas e de prestação de serviços.

Art. 48. [\(Vetado\)](#).

Art. 49. [\(Vetado\)](#).

Art. 50. Os convênios entre a União, os Estados e os Municípios, celebrados para implantação dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde, ficarão rescindidos à proporção que seu objeto for sendo absorvido pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 51. [\(Vetado\)](#).

Art. 52. Sem prejuízo de outras sanções cabíveis, constitui crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas (Código Penal, art. 315) a utilização de recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) em finalidades diversas das previstas nesta lei.

Art. 53. [\(Vetado\)](#).

Art. 54. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 55. São revogadas a [Lei nº. 2.312, de 3 de setembro de 1954](#), a [Lei nº. 6.229, de 17 de julho de 1975](#), e demais disposições em contrário.

Brasília, 19 de setembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FERNANDO COLLOR
Alceni Guerra

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 20.9.1990