

3

O DIREITO DE PROTEÇÃO À SAÚDE.

3.1

Contextualizando o direito à saúde no Brasil.

Cumpre, para fazer uma breve contextualização, iniciar afirmando que embora ainda vigorasse o regime ditatorial no Brasil (instaurado em 1964), a partir do final da década de setenta, houve um ressurgimento da tendência a desencadear a bandeira dos direitos humanos em nosso país, por meio do crescimento e fortalecimento de diversos movimentos sociais, fato acentuado a partir da Era Geisel e da lenta e gradual abertura promovida pelo Presidente João Baptista Figueiredo.

Após esse período, cuja marca é a transição, com o retorno da possibilidade de eleição direta para presidente da república e, finalmente, com a Assembleia Nacional Constituinte instalada durante os anos de 1987-1988, foram relançadas as bases da democracia, por meio desses movimentos de retomada da consciência política e da redemocratização levada a termo.

Assim, nesse cenário, é importante frisar que houve, em seguida, uma mudança no panorama jurídico-institucional então vigente, principalmente em decorrência da edição da atual Constituição Federal, pois a República Federativa do Brasil passou a ser constituída sob a forma de um Estado Democrático de Direito (artigo 1º)¹, tendo como fundamentos os atributos da cidadania², da

¹ “[...] representa a síntese histórica de dois princípios conceitualmente distintos e até certo ponto antagônicos. [...] democracia equivale à soberania do povo ou à regra da maioria. Estado de direito, a seu turno, equivale à juridicização do poder e ao respeito pelos direitos fundamentais. No limite, o irrestrito poder da maioria poderia subverter as regras jurídicas que disciplinam o seu exercício e vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos; por outro lado, a cristalização de determinados princípios jurídicos, elevados à condição de paradigmas do Direito, poderia acarretar uma indesejável asfixia da vontade popular. O papel do constitucionalismo é o de harmonizar esses ideais até um “ponto ótimo” de equilíbrio institucional e desenvolvimento da sociedade política [...]. Assim, embora consagrando a democracia e o princípio da soberania popular, as Constituições modernas dispõem sobre a forma a ser observada para a manifestação da vontade majoritária e sobre conteúdos mínimos que devem ser respeitados pelos órgãos representativos dessa vontade, sem, no entanto, suprimi-la”. BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47-48.

dignidade da pessoa humana, da solidariedade, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político³.

Assim, o quadro das inovações trazidas pela nova ordem constitucional possibilitou a ampliação do exercício dos direitos de cidadania⁴ em vários aspectos, tendo havido, inclusive, como um efeito disso, o deslocamento da arena de debates para o foro judicial, pois, até então, praticamente ocorria apenas no tradicional jogo político do sistema representativo através da representação eleitoral e alguma forma de pressão sobre os administradores públicos e o Poder Legislativo.

Esta situação foi ocasionada pelo maior acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário a fim de buscar a concretização dos muitos direitos que lhes foram conferidos pela Constituição, conhecida como “Carta Cidadã”. Porém, alguns deles foram estabelecidos apenas formalmente e, por conseguinte, para a obtenção de sua efetividade, grande parcela da sociedade tem se valido da instância judicial para encaminhar diversas e importantes questões ao âmbito judicial.

² Retomando a descrição sobre como ocorreu o processo de formação da cidadania no Brasil, José Murilo de Carvalho assevera que, apesar de ter percorrido um longo caminho, aqui houve a inversão da clássica sequência cronológica descrita por Thomas Marshall, situação esta propiciada por uma cultura política estatista ou governista, além de uma visão corporativista dos interesses coletivos, porquanto aqui primeiro foram consagrados os direitos sociais, por meio de políticas implantadas na Era Vargas. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil – O Longo Caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 222-223.

³ “Sob a perspectiva histórica verifica-se que ela:

[...] representou um mudança de paradigma tanto para o pensamento jurídico brasileiro, como para a posição do Judiciário dentro do tradicional sistema de tripartição dos poderes do período republicano.

A afirmação de um modelo de democracia participativa resultou, sobretudo da criação de um amplo sistema de garantias de direitos e uma série de inovações processuais (entre as quais se destaca a possibilidade de defesa de interesses coletivos), somada à inédita posição de independência do Judiciário em relação aos demais poderes”. CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público, Ação Civil Pública e a Judicialização da Política: Perspectivas para seu Estudo*. Disponível em:

<https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_IV_julho_2004/CassioCasagrande%20-%20MPUeJudicializacaoPolitica.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2007.

⁴ Por outro lado, sobre o tema aduz Gilberto Dupas:

“O conceito de cidadania engloba necessariamente o enfrentamento da complexidade dos conflitos por direitos advindos de uma sociedade fragmentada pela multiplicação das desigualdades sociais. A condição essencial para a prática da cidadania é a explicitação dos conflitos, e sua mediação pela sociedade política. Cidadania se adquire por cooperação, negociação, convergência de interesses e tentativa de apaziguamento desses conflitos inerentes à sociedade contemporânea”. *In Atores e Poderes na Nnova Ordem Global – Assimetrias, Instabilidades e Imperativos de Legitimação*. São Paulo: Editora UNESP, 2005, p. 185.

Constata-se, por conseguinte, o estabelecimento, de um novo *locus* de debates⁵, utilizando-se com maior frequência a via judicial para obter decisões tanto com relação a direitos individuais ou a direitos que possam ser coletivizados ou universalizados.

A inserção neste contexto gera a verificação de que atualmente estão em debate alguns temas cruciais para o desenvolvimento e o próprio exercício da cidadania e conseqüentemente, da própria democracia, cujo processo, quando levado ao Poder Judiciário, desencadeia a análise de matérias envolvendo esferas que eram tradicionalmente consideradas como do âmbito da sociologia, da ciência política e da própria política, algumas delas incluindo os direitos sociais.

Referindo especificamente ao enfoque sobre o direito em questão, ou seja, o de conferir primazia à saúde como direito social de caráter coletivo, convém enfatizar que os direitos sociais, em sua gênese, têm implicações com o princípio da solidariedade social e a ideia de bem comum, aliada à noção, tributária da filosofia, de justiça distributiva⁶.

Para efetuar essa digressão, é interessante colacionar a abordagem histórica efetivada por Maria Celina Bodin de Moraes ao discorrer sobre as origens da solidariedade social, da passagem do individualismo marcante do Século XIX, para a transição ocorrida no Século XX. Desta forma, destaca que, contrariamente a este fato, começa a preponderar um novo relacionamento entre as pessoas, baseado na solidariedade social e na consciência coletiva:

“O ser humano existe apenas enquanto integrante de uma espécie que precisa de outro(s) para existir. A concepção outrora dominante teve, por longo tempo, o homem como um ser hermeticamente fechado ao mundo exterior isolado, solitário em seu mundo interior, [...]. Essa concepção foi abandonada em prol da compreensão a ela oposta, isto é, aquela segundo a qual o indivíduo existe

⁵ Quanto a este aspecto, porém, a situação tem alcançado tamanha repercussão que se verifica o fenômeno cunhado pela expressão “judicialização da política e das relações sociais”, objeto de estudo em bases jurídicas e sociológicas, citando com especial ênfase o livro sob esse título de autoria de Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumam Burgos. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁶ “[...] os novos direitos sociais, espalhados pelo texto constitucional, diferem em natureza dos antigos direitos subjetivos. Não se distinguem apenas por serem coletivos, mas por exigirem remédios distintos. Mais ainda, têm uma implicação política inovadora na medida em que permitem a discussão da justiça geral e da justiça distributiva, para retomarmos a distinção clássica”. LOPES, José Reinaldo Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, 1. edição, 2. tiragem, p. 126-127.

enquanto em relação com outros (o sentido da alteridade) e com o mundo a ele externo.”⁷

Inserido nas transformações estabelecidas pela nova ordem constitucional, assentou-se como objetivo do Estado brasileiro, conforme preceito do artigo 3º, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de quaisquer espécies.

Dentro do modelo de Estado Social e Democrático de Direito adotado pela Constituição vigente, cuja característica principal é a de ser uma constituição dirigente⁸, os direitos fundamentais, incluídos os de índole social, encontram um lugar privilegiado.

Isto principalmente em razão do fato de que foram consagrados os princípios da democracia econômica, social e cultural, razão pela qual o “estudo dos direitos fundamentais deve ser orientado por uma visão integral, marcada pela indivisibilidade e interdependência dos direitos clássicos de liberdade e dos direitos sociais, econômicos e culturais”⁹.

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. *O Princípio da Solidariedade*, p. 167-169. PEIXINHO et al. *Os Princípios da Constituição de 1998*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁸ Essa concepção foi desenvolvida por José Joaquim Gomes Canotilho em seu *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Entretanto, seus argumentos foram parcialmente revistos no artigo *Romper ou Rever a Constituição Dirigente*. A idealização inicial continha as bases teóricas no sentido de que o Estado por ela conformado não fosse mínimo, mas garantidor de uma ordem assente nos direitos individuais e no título de propriedade, um Estado Social, criador de bens coletivos e fornecedor de prestações.

Posteriormente o autor esclareceu alguns pontos sobre a evolução de seu pensamento no sentido de reafirmar, conforme sintetizado por Fábio de Oliveira, que permanece viva a Constituição Dirigente enquanto programa de base para a política, normatividade vinculante do legislador, do administrador, do juiz e da sociedade, eficácia jurídica das normas programáticas, conformadora positiva e negativa da discricionariedade e projeto estruturante do Estado Social e Democrático de Direito. OLIVEIRA, Fábio de. A Constituição Dirigente: Morte e Vida no Pensamento do Doutor Gomes Canotilho. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, 2005, n. 28, 1º semestre 2005, p. 195-228.

⁹ “A Declaração Universal introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é a condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil*. In LOBO TORRES, Ricardo e MELLO, Celso Albuquerque. *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. I. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 75.

Como contribuição para essa nova dinâmica social, impende acentuar que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como o principal marco axiológico dentro de nosso sistema constitucional, consoante destaca Nadia de Araujo:

“A partir do marco estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 — com referência expressa à proteção da dignidade do indivíduo —, introduziu-se a concepção contemporânea de que esses direitos são caracterizados por sua universalidade e indivisibilidade.

Espalhou-se esta noção de proteção para outras áreas do direito. Erik Jayme afirma que os direitos humanos têm um papel primordial na atual cultura jurídica contemporânea, pela sua função de aproximar o Direito Internacional Público do Direito Internacional Privado. Ao invés de continuarem seu caminho em dois círculos separados, com temáticas distintas — o DIPu tratando das relações entre os Estados, e o DIPr somente das pessoas privadas encontraram-se em um novo espaço, tendo ao centro a preocupação com a pessoa humana.

O eixo axiológico dos direitos humanos é o da dignidade da pessoa humana, alçada ao patamar de um valor, tanto internacionalmente (nos tratados de direitos humanos), quanto no plano interno (nas constituições). A Constituição brasileira a elevou à categoria de princípio fundamental (artigo 1º, III) constituindo o núcleo informador de todo o ordenamento jurídico.”¹⁰

A estipulação da dignidade em tão elevado nível¹¹ é proveniente também da adoção do princípio da solidariedade social e da própria valorização da vida humana. Além do mais, consoante ressalta Rogério Nascimento, a dignidade e a inviolabilidade da vida articulam-se com a proteção da integridade corporal e da saúde¹².

Isto significa que o adimplemento do dever de observância por parte do Poder Público, vai além de assegurar a mera sobrevivência do indivíduo, mas, sobretudo, sua existência de forma digna (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal). Por esta razão é indispensável disponibilizar os meios necessários para os cidadãos terem acesso aos bens comuns, propiciando também que lhes sejam

¹⁰ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado - Teoria e Prática Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15-16.

¹¹ Ingo Sarlet escreveu obra específica sobre o tema, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2. ed., 2002), onde sobreleva que a dignidade é o vetor interpretativo da ordem constitucional, conferindo-lhe prioridade sobre os outros princípios constitucionais, configurando parâmetro para o caso de colisões entre princípios ou eventuais restrições a direitos fundamentais.

¹² NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Concretizando a Utopia: problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável*. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 905-924.

prestados serviços públicos de qualidade¹³, por meio de um sistema efetivo e não mero arremedo do cumprimento da obrigação de proteção do direito à saúde.

A vigente Constituição Federal, por sua vez, alterou a forma de tratar os direitos fundamentais, iniciando por sua topografia, pois foram inseridos logo no início de seu texto. Esta sistemática traduz, como explana Ingo Sarlet¹⁴, maior rigor lógico, porquanto contempla os valores superiores da ordem constitucional e jurídica, constituindo, portanto, um parâmetro hermenêutico.

Igualmente importante foi a edição do preceito contido no parágrafo 1º do artigo 5º, no sentido de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Resta superado, portanto, o entendimento de que estas constituíam apenas um programa, um ideal ou meta a ser atingida, embora ainda haja alguma dúvida quanto aos direitos sociais, consoante tem observações apostas no decorrer desta exposição.

Ainda sob esse pano de fundo, a inclusão dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas aumenta a dificuldade para a sua modificação ou supressão, constituindo os denominados “trunfos contras as maiorias”, de acordo com a percepção de Ronald Dworkin¹⁵.

Destaca-se, por relevante, que foi somente por meio da atual configuração jurídico-institucional que o direito à saúde foi alçado à categoria de norma constitucional, pois anteriormente apenas havia a previsão a seu respeito em normas de estatura infraconstitucional. Esta circunstância, por certo, concorria para que não houvesse nem eficácia nem efetividade¹⁶ em relação a esse direito.

¹³A saúde é considerada serviço de relevância pública, razão pela qual é atribuição do Ministério Público zelar pela sua execução de forma adequada, consoante a estipulação do preceito contido no artigo 129, II, da Constituição Federal, consistente em zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância Pública aos direitos assegurados na Constituição e promover as medidas necessárias à sua garantia (artigo 129, II); desse comando normativo decorre a legitimidade desse órgão para atuar na matéria, tema a ser enfrentado adiante.

¹⁴ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 5. ed., 2005, p. 77.

¹⁵ Essa metáfora foi criada por Ronald Dworkin há mais de trinta anos em seu livro *Taking Rights Seriously*, publicado no Brasil e traduzido para o português sob o título *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Recentemente Jorge Reis Novais utilizou essa concepção de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, dentro da tentativa de elucidar uma teoria jurídica de direitos fundamentais adequada a um Estado de Direito Social e Democrático, de acordo com a exposição contida em seu livro *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

¹⁶ É oportuno enfatizar que a efetividade caracteriza um quarto plano, além dos três planos tradicionais em que a doutrina costuma analisar os atos jurídicos em geral e os atos normativos em particular (existência ou vigência, validade e eficácia), conforme o ensinamento de Luís Roberto Barroso, o qual, após asseverar que esse aspecto foi por muito tempo negligenciado, traça o conceito de efetividade:

Somado a isto, concorreu para a positivação constitucional do direito à saúde o fato de estar previsto em declarações internacionais de direitos, principalmente inserto como um dos direitos humanos expressamente referidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948.

Posteriormente foi especificado no pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, de 16 de dezembro 1966¹⁷, devendo-lhe o Brasil o devido respeito, pois está comprometido perante a comunidade internacional, haja vista tê-lo ratificado, pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 2001 e ter sido promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 de dezembro de 2002.

O artigo 12 do referido Pacto preconiza as ações que os Estados aderentes devem efetuar para garantir o direito “de toda pessoa ao desfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental” (artigo 1º), incluindo entre elas a prevenção e o tratamento de enfermidades epidêmicas, endêmicas, profissionais e de outra natureza, bem como a criação de condições assecuratórias a todos de assistência e serviços médicos em caso de enfermidade

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, a OMS – Organização Mundial da Saúde e o Relator das Nações Unidas sobre o direito à saúde, além de membros da sociedade civil, acadêmicos e outros envolvidos com a questão, têm procurado desmembrar ou “analisar o direito à

“A idéia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.” **BARROSO, Luís Roberto. *A Doutrina Brasileira da Efetividade. Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 71.***

¹⁷“Ainda que não estivesse positivado, entretanto, o direito à saúde certamente poderia ser depreendido da tutela jurídica dos direitos à vida e à integridade física e corporal, enquanto direito fundamental implícito. Assim interpreta Bengoa o artigo 6º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos — PIDCP —, em que assegurado o direito à vida; para ele, o direito à vida “se decompõe em quatro elementos essenciais, a saber: a) o direito à alimentação adequada, b) o direito a contar com água potável, c) o direito à moradia, e d) o direito à saúde”. Tal orientação também aparece na jurisprudência constitucional de países que não consagram o direito à saúde de forma expressa, como a Alemanha, por exemplo.” **FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde. Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 85**

saúde, com o “objetivo de facilitar a compreensão e aplicação concreta deste direito em políticas, programas e projetos de saúde [...]”¹⁸.

No Brasil, a relevância constitucional conferida ao direito à saúde consiste principalmente pela sua inserção na categoria de direito fundamental, revelando o grau de preocupação despendido com relação a esse direito, para que não ficasse como *mera promessa sem real possibilidade de efetividade*.

Ademais, encontra-se previsto, entre os direitos e garantias individuais, qualificado por consequência, em sua vertente individual, advinda da obrigação de preservação do direito à vida e à conservação da dignidade. E, ainda, foi expressamente consignado como direito social¹⁹, como representação dos direitos de solidariedade social, consoante, respectivamente, a previsão contida nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal.

Sob este aspecto, como espécie de direito social²⁰ ou direito coletivo, deve ser observado, apesar de todas as dificuldades e objeções passíveis de serem levantadas tanto com relação a sua implementação quanto a sua exigibilidade, que a posição aqui sustentada é no sentido de afirmá-lo como exigível, considerando

¹⁸ Cujos elementos centrais poderiam ser resumidos em vários pontos, destacando-se entre os principais:

“(a) Identificação das leis, normas e padrões sobre direitos humanos nacional e internacionalmente;

(b) Reconhecimento de que o direito à saúde está sujeito a limitações materiais e a uma implementação progressiva, o que requer a identificação dos indicadores e parâmetros capazes de medir os avanços alcançados (ou a falta deles) ao longo do tempo;

(c) Apesar deste último aspecto, reconhecimento de que algumas obrigações decorrentes do direito à saúde não estão sujeitas a restrições orçamentárias, nem tampouco à implementação progressiva; ao contrário, impõem deveres exigíveis de imediato, como, por exemplo, a obrigação de evitar a discriminação de fato ou a discriminação perante a lei; [...].

e) todos os serviços, bens e aparelhos em saúde devem estar disponíveis, serem acessíveis, culturalmente aceitáveis e de boa qualidade;

(f) Todos os Estados possuem o dever de respeitar, proteger e cumprir com as suas obrigações decorrentes do direito a desfrutar do mais elevado nível possível de saúde [...]”. HUNT, Paul e KHOSLA, Rajat. *Acesso a Medicamentos como um Direito Humano*. São Paulo: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: ano 5, nº 8, jun de 2008, p. 102-103.

¹⁹ Fernando Atria profere a instigante indagação no título de seu artigo *Existem Direitos Sociais?*, pois não os considera como categoria autônoma, somente admitindo a existência de direitos subjetivos. MELLO, Claudio (org.). *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul nº 56, set./dez. 2005. Livraria do Advogado, p. 09 e ss. Como contraponto a essa visão veja-se o artigo de Carlos Bernal Pulido publicado sob o título **Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem Direitos Sociais?”** de Fernando Atria. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 137.

²⁰ Algumas correntes teóricas negam a existência dos direitos sociais, tais como o neoliberalismo ou libertarianismo (Nozick). A esse respeito remete-se ao estudo efetuado por GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls. Um Breve Manual de Filosofia Política*. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

possível postular a sua efetivação perante o Poder Judiciário, fenômeno este conhecido pelas expressões genéricas sindicabilidade ou justiciabilidade²¹.

Em acréscimo, enfatiza-se que o bem “saúde” é classificado como um direito fundamental, porquanto os respectivos preceitos encontram-se inseridos no Título II da Constituição Federal, onde estão previstos os direitos e garantias fundamentais. Contudo, não é apenas este aspecto formal que consubstancia a fundamentalidade desse direito, mas em decorrência do fato de estar contido em uma norma de direito fundamental. Logo, possui aplicação imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal²².

Remarca-se, por oportuno, como superada a concepção de que os respectivos preceitos, previstos nos artigos 196²³ e seguintes, da Carta Política, seriam apenas normas de cunho programático, e em virtude desta assertiva, deve ser-lhes conferido, *ipso facto*, o tratamento destinado às normas de eficácia imediata ou auto-aplicáveis, conforme tem sido a orientação doutrinária preponderante.

Seguindo essa linha é o acórdão cujo teor se configurou em paradigma relativamente ao direito fundamental à saúde, sob a configuração subjetiva, no tocante a fornecimento gratuito de medicamentos, no caso, a paciente infectado com HIV-AIDS. O relator assentou que as respectivas normas, apesar de serem, no entendimento, de caráter programático, não podem tornar-se em *promessa constitucional, fraudando expectativas depositadas pela coletividade quanto à atuação do Poder Público*:

²¹ Daniel Sarmento afirma que embora até os liberais mais ortodoxos, adeptos da teoria no sentido de que os direitos sociais não seriam exigíveis, caracterizando-os apenas como diretrizes ou normas programáticas, admitem uma eficácia mínima aos direitos sociais, no tocante à proteção do mínimo existencial “vale dizer à garantia daquelas prestações materiais indispensáveis para a vida humana, sem as quais sequer o desfrute das liberdades faz-se possível”. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 37-38.

²² “Por conseguinte, norma de direito fundamental é o significado atribuído aos dispositivos de direito fundamental. Já os dispositivos de direito fundamental são os enunciados que veiculam os direitos fundamentais, podendo ser descritos como os conjuntos “de signos escritos que se encontram no texto constitucional ou em suas reproduções”. A elaboração de normas de direito fundamental a partir dos enunciados constitucionais demanda, conforme o caso, graus diferentes de intervenção judicial”. PEREIRA, Jane Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 78-80.

²³ No tratamento conferido pela Constituição Federal dentro do Título destinado à Ordem Social, bem como no capítulo onde estão estabelecidos os preceitos da Seguridade Social, em cuja Seção II foram previstos dispositivos específicos quanto à saúde.

‘E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (artigo 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa garantia constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL - O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

*DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”.*²⁴

Desse julgado infere-se que a Suprema Corte brasileira considera a existência de um direito subjetivo à saúde, o qual prevalece no caso de colisão com o princípio da competência do legislador em matéria orçamentária, ou seja, na colisão entre o direito à vida e à saúde de um indivíduo, de um lado, e de outro o interesse financeiro e secundário do Estado, do outro, sobreleva a primazia do primeiro.

Logo, a fundamentalidade material desse direito significa que, para o adimplemento do seu dever, pelo Poder Público, é indispensável disponibilizar os

²⁴Destaque conferido nas partes em itálico. Supremo Tribunal Federal, RE no AgR nº 271286/RS, Segunda Turma, Ministro Relator Celso de Mello, DJ 24/11/2000. Acessível em <www.stf.jus.br>.

meios necessários para o cidadão-contribuinte ter acesso efetivo aos serviços públicos, bem como às prestações relacionadas à saúde.

Surge, então, da previsão constitucional dos direitos sociais, incluído o direito à saúde, no âmbito do respectivo sistema, a necessidade de o Estado efetuar a execução de políticas públicas²⁵ e realizar ações tendentes à salvaguarda da saúde dos seus cidadãos.

3.2

Nomenclatura propositiva: direito de proteção à saúde.

No Brasil convencionou-se utilizar a expressão “direito à saúde”, convindo ressaltar que o termo “direito de proteção à saúde” não é usualmente utilizado para designar o bem²⁶ objeto do direito a proteger.

Conforme destaca João Loureiro, este é um bem que surge adjetivado de básico (John Finnis), primário (John Rawls), ou como condição para o desenvolvimento (Amartya Sen), razão pela qual propõe alguns passos para distinguir os diferentes aspectos sob os quais se apresenta, incluindo:

“a) distinção entre a saúde como bem fundamental e a saúde como “superconceito” que reúne um conjunto de bens da corporeidade (por exemplo, vida, integridade pessoal, identidade genética) e que nos remete para o direito da saúde e, num certo momento, assumiram especial relevo o direito civil médico (especialmente em torno das questões de responsabilidade) e o direito penal médico, hoje, sem prejuízo da sua importância, o direito constitucional, em especial a abordagem jusfundamental [...]; b) compreensão da historicidade do bem saúde, que não deve ser lida, no entanto, em termos dissolutores. Embora assente na condição psicossomática do ser humano, há uma história do par de

²⁵ A possibilidade da análise, em âmbito judicial, das políticas públicas será objeto de item específico na Parte II - Capítulo 04.

²⁶ Discorrendo sobre a saúde como bem objeto de proteção constitucional Guillermo Escobar Roca afirma:

“La salud es el bien jurídico-constitucional que da vida al derecho reconocido en el artículo 43.1 CE. Puede considerarse el objeto o finalidad del derecho, pero no estrictamente su contenido, el cual no viene conformado por la salud en si sino por las acciones encaminadas a su consecución (derecho a la protección de la salud) (42). De esta forma, nos encontramos ante um derecho de alcance, em principio, finalista: como regla general, no puede exigirse la salud como tal (algo muchas veces imposible para la acción humana) sino más bien que se realicen acciones en su favor (obligación de médicos), aunque em ocasiones pueden exigirse también resultados; piénsese sobre todo em los casos de enfermedades claramente susceptibles de curación. [(42) La protección a la que alude El artículo 43.1 engloba las facetas de respetar, proteger [...], a las que la doctrina há añadido la de promover]”. ROCA, Guillermo Escobar. *El Derecho a la Protección de la Salud*. ROCA, Guillermo Escobar (dir), *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2009 (no prelo).

referência, saúde-doença, tendo de se ter presente o tempo e os contextos. [...]”
27.

Sueli Dallari abordou o direito à saúde desde seus primórdios. Porém, no tocante ao aspecto ora enfocado, rememora que a noção de saúde somente obteve maior nitidez de contorno no Estado Liberal burguês do final do Século XVIII, recebendo até mesmo proteção constitucional.

Prosseguindo a trajetória histórica, ressalta também que, no início do Século XX, encontrou-se instaurada a proteção sanitária como política de governo, cuja conformação ocorre por meio de uma hierarquia quanto às formas de prevenção:

“[...] são hierarquizadas três formas – hoje clássicas – de prevenção: a *primária*, que se preocupa com a eliminação das causas e condições de aparecimento das doenças, agindo sobre o ambiente (segurança nas estradas, saneamento básico, por exemplo) ou sobre o comportamento individual (exercício e dieta, por exemplo); a *secundária* ou prevenção específica, que busca impedir o aparecimento de doença determinada, por meio da vacinação, dos controles de saúde, da despistagem; e a *terciária*, que visa limitar a prevalência de incapacidades crônicas ou de recidivas. O Estado do Bem-Estar Social da segunda metade daquele século reforça a lógica econômica, especialmente em decorrência da evidente interdependência entre as condições de saúde e de trabalho, e se responsabiliza pela implementação da prevenção sanitária”²⁸.

Evidencia-se que o reconhecimento do direito à saúde, nas sociedades contemporâneas tem sido objeto de polêmicas entre diferentes segmentos da sociedade, porém,

“[...] nos novos Estados e naqueles radicalmente reformados, assim como nas sociedades mais tradicionais e desenvolvidas, existe interesse inafastável no tratamento da saúde como direito. [...] a universalização do acesso às ações e serviços de saúde [...] é tema da pauta de reivindicações populares [...] tanto nos Estados Unidos da América quanto na África do Sul”²⁹.

²⁷LOUREIRO, João Carlos. *Direito à (Protecção) Saúde*. Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento. Lisboa: Coimbra Editora - Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 660-661.

²⁸DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário. Direito Sanitário e Saúde Pública*. Volume I - Coletânea de Textos. Série E. Legislação de Saúde. Ministério da Saúde, UNB - Faculdade de Direito – Núcleo de Estudos em Saúde Pública da UnB/CEAM e FIOCRUZ - ENSP – Escola Nacional de Saúde Pública, p. 42.

²⁹ *Ibid*, p. 44.

Retomando a abordagem quanto à nomenclatura proposta, seria mais adequado, seguindo a idealização esboçada por Fábio César dos Santos Oliveira³⁰, não apenas denominar o direito em comento, mas também adotar um conceito mais abrangente, como “de proteção à saúde”, consentâneo com a moderna visão global sobre esta. Inicia-se a visualização dessa assertiva na própria formulação utilizada pela Organização Mundial da Saúde no preâmbulo de sua Constituição:

“Saúde é o estado de completo bem estar físico, mental e social e não somente a ausência de enfermidades e doenças”, estando configurada, ainda, como primeiro princípio básico contido naquela declaração, para a “felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”³¹.

O autor acima citado obtempera que o termo correto deve incluir a expressão “proteção à saúde” e, por isto, afasta a afirmação usual, relativa à aceção desse direito como mera decorrência do direito à vida, observando que o desenvolvimento deste configurou um avanço em relação a uma percepção estritamente biológica, citando a compreensão de Patrick Molinari³².

Em escorço histórico sobre essas diferentes concepções Rogério Nascimento³³ acentua que a evolução do conceito de saúde ocorreu concomitantemente ao enriquecimento da noção de pessoa, lembrando a distinção quanto a este aspecto, anteriormente sustentada, no tocante à consideração do ser humano como um indivíduo isolado, atualmente não mais vigente.

Nessa primeira etapa prevalecia uma visão individualista e biológica, cuja preocupação principal era apenas a recuperação da saúde, considerando-se o hospital como o local central da atenção, tendo como agente unicamente o médico.

³⁰ OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. Direito de Proteção à Saúde: Efetividade e Limites à Intervenção do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*: São Paulo. Fasc Civ. Ano 96, v. 865, nov. 2007.

³¹ Constituição da Organização Mundial de Saúde, adotada pela Conferência Internacional da Saúde, realizada em Nova York, no período de 19 a 22 de julho de 1946; assinada em 26 desse mesmo mês e ano.

³² *Émergence et structuration du droit de la santé: du colloque singulier à la théorie des droits sociaux. Actes de la 10e. Tournée de droit de la santé. Neuchâtel: institut de droit de la santé. Université de Neuchâte*, 2004. Apud OLIVEIRA, Fábio César dos Santos, op. cit, p. 14 (nota 41).

³³ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a Utopia: problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 914.

Superada essa fase, passou a preponderar uma visão biopsicológica, tendo havido o deslocamento do eixo para a prevenção; o posto de saúde passou a ser o lugar por excelência da atenção e seus agentes são todos os profissionais de saúde.

Os serviços e ações privilegiados eram os relacionados com a atenção básica (campanhas de vacinação, atendimento ambulatorial), com valorização da vigilância sanitária e epidemiológica”³⁴.

Finalizando, ressalta a percepção contemporânea, ou seja, a pessoa é vista como um ser integral, conjugando-se os fatores biológico, psicológico e social, aliada à titularidade de direitos exigíveis quanto à promoção da saúde, paralelamente à inserção do cidadão na sociedade.

Disto resultam também obrigações atinentes aos demais membros da coletividade, direcionando a perspectiva no sentido “da promoção da saúde simultaneamente como dever do Estado e dever de cidadania”, conforme ressaltado pelo autor citado no artigo em comento.

Ademais, o uso da terminologia “direito de proteção à saúde” advém de um dos textos constitucionais que mais influenciaram nosso processo constituinte, a Constituição portuguesa de 1976; embora, em sua versão original, concebida após a Revolução dos Cravos, o artigo 64, 2, ‘a’ previsse um sistema nacional de saúde universal, geral e gratuito³⁵:

“No entanto, na revisão constitucional de 1989, passou a constar: o direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde

³⁴ **Ibid.**

³⁵ Destacamos alguns excertos do artigo 64 da Constituição Portuguesa:

“1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.

2. O direito à protecção da saúde é realizado:

a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; [...]

b) Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

c) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;

d) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;

e) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; [...]

f) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; [...]

4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada”. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/pt/GC17/Portugal/SistemaPolitico/Constituicao/Pages/constituicao_p07.aspx>.

universal e geral e, tendo em conta as condições econômicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito.”³⁶.

A outra influência, a Constituição espanhola também prevê o “direito de proteção à saúde” em seu artigo 43³⁷, decorrendo daí o conceito de saúde como objeto do direito à saúde, o qual deve ser englobado nessa definição, conforme as palavras de Guillermo Escobar Roca porque:

“Pode considerar-se o objeto ou finalidade do direito, mas não estritamente seu conteúdo, o qual não vem conformado pela saúde em si mesma, mas pelas ações direcionadas a sua consecução (direito de proteção à saúde (42: A proteção a que alude o artigo 43.1 engloba as facetas de respeitar, proteger em sentido estrito) e cumprir o Direito Internacional, ao que a doutrina tem acrescentado a de promover. Desta forma, encontramos-nos diante de um direito de alcance, em princípio, finalista: como regra geral, não se pode exigir a saúde como tal (algo muitas vezes impossível para a ação humana), mas que sejam realizadas ações em seu favor (obrigação de meio), mesmo que em algumas ocasiões também se possam exigir resultados; pensando-se em todos os casos de enfermidades claramente suscetíveis de cura”.³⁸

Concluindo este tópico, convém ressaltar que essa visão contemporânea tem sido acolhida tanto em sede de escritos doutrinários quanto pela jurisprudência brasileira. A referência explícita nessa direção consta no voto do Ministro Carlos Britto, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0-DF, cujo objeto era o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105, de 24.03.2005, a chamada Lei da Biossegurança. Discutia-se, na ocasião, a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos, produzidos por fertilização *in vitro* para fins de pesquisa e terapia.

O relator, para embasar toda a fundamentação expendida para situar o momento constituinte do início da vida do ser humano, empregou o excerto de José Afonso da Silva onde preconiza “Vida, no texto constitucional (artigo 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-

³⁶ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a Utopia: Problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de (Coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 911.

³⁷ “Artículo 43: 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.”
<http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html>. Acesso em: 03 abr. 2009.

³⁸ *El Derecho a la Protección de la Salud*. ROCA, Guillermo Escobar (dir), *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*. Cizur Menor (Espanha): Thomson-Aranzadi, 2009 (no prelo). (Tradução livre).

atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva”³⁹.

3.3

O conceito e a abrangência do sistema de saúde no Brasil.

Com a redemocratização ocorrida em meados dos anos 80, conforme exposto, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde, pretensão levada a efeito por um grupo que discutia a reforma sanitária no Brasil.

O momento culminante das injunções desse denominado Movimento Sanitarista, ocorreu durante a Assembléia Constituinte, com a criação do Sistema Único de Saúde, conforme acentuado por Luís Roberto Barroso.

Prossegue ele afirmando que, aqui, somente a partir da década de 30 houve uma estruturação básica do serviço público de saúde, que passou a realizar ações curativas. Estas eram feitas por meio dos IAPS – Institutos de Aposentadoria e Pensão, na época do regime militar. Em etapa posterior houve a unificação destes, criando-se o INPS – Instituto Nacional de Previdência Social, ao qual ficaram vinculados os novos Serviços de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social.

Nesta forma de organização, apenas os trabalhadores urbanos com carteira assinada eram contribuintes e beneficiários do sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde; as demais pessoas continuavam dependendo da medicina prestada a título de caridade pública, como ocorria desde o Século XIX⁴⁰.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 196.

⁴⁰“Assim concebido, o sistema possuía diversos problemas. Por ter priorizado a medicina curativa, o modelo foi incapaz de solucionar os principais problemas de saúde coletiva, como as endemias, as epidemias, além de não ser capaz de melhorar significativamente os indicadores de saúde (mortalidade infantil, expectativa de vida, por exemplo). Tais problemas foram sendo agravados em decorrência de inúmeros fatores, como o aumento constante dos custos da medicina curativa, centrada na atenção médico-hospitalar de complexidade crescente: a diminuição do crescimento econômico, com a respectiva repercussão na arrecadação do sistema previdenciário, a incapacidade do sistema em atender a uma população cada vez maior de marginalizados, que, sem carteira assinada e contribuição previdenciária, se viam excluídos do sistema; os desvios de verba do sistema previdenciário para cobrir despesas de outros setores e para a realização de obras por parte do governo federal; o não repasse pela União de recursos do Tesouro nacional para o sistema previdenciário, cujo financiamento era tripartite (empregador, empregado e União)”. **BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In SARMENTO, Daniel e**

Atualmente o direito de proteção à saúde, em sua concretização no Brasil, encontra-se estabelecido em um sistema integrado pelos três entes federativos, o SUS - Sistema Único de Saúde, cujos princípios rege-dores são a igualdade, a gratuidade e a universalidade⁴¹.

Sua estruturação está fundamentada na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8080/90), bem como a Lei nº 8.142/9042, além de toda a regulamentação expedida pelos membros da federação, componentes do sistema em suas três esferas. Especificamente quanto às atribuições e recursos da União, Estados-membros e Municípios, regem-se consoante o preceito do artigo 198, *caput*, da Constituição Federal⁴³.

O estabelecimento desse tipo de organização decorreu do fato de se inserir, dentre as alterações pretendidas pelo Movimento da Reforma Sanitária⁴⁴, ou seja, a proposição de um sistema único de saúde, com o setor privado exercendo a atividade suplementar. O objetivo pretendido naquela ocasião e levado a cabo em incursões posteriores, junto ao processo constituinte, era a universalização da atenção à saúde, superando a histórica dicotomia entre assistência médica individual e as ações coletivas de saúde.

Desta forma, a estratégia utilizada consistiu em conceber um sistema descentralizado de assistência, para conferir maior racionalidade às instituições, valorizando a criação de novos espaços institucionais de participação popular,

SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 883-884.

⁴¹ De acordo com os princípios da universalidade, igualdade e da gratuidade, os quais regem o Sistema Único de Saúde, as ações e serviços de saúde não podem ser restringidos, nem pode haver qualquer forma da cobrança para sua fruição:

“O princípio da universalidade traz como regra implícita a gratuidade no atendimento. [...] não há espaço na configuração do Estado social brasileiro para a cobrança pelos serviços estatais de saúde prestados à população. [...] Isso porque a saúde é direito social subjetivo de todo e qualquer cidadão (universal), ao qual corresponde o dever do Estado de prestar serviços integrais para sua promoção, proteção e recuperação”. WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 161-162.

⁴² Estabelece a forma de participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros nessa área.

⁴³ “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 atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade.[...]”.

⁴⁴ Cujá atuação ocorreu a partir da década de 80 e teve influência decisiva em um dos principais pontos abordados na VIII Conferência Nacional de Saúde realizada em Brasília no ano de 1986.

com a concessão de poder deliberativo aos segmentos sociais organizados da sociedade, por meio dos Conselhos de Saúde nas três esferas governamentais.

O sistema de seguridade social instaurado pela Constituição vigente consiste em uma combinação de seguro social, saúde e assistência social, porquanto embora tenha universalizado os direitos sociais, segmentou os distintos setores da sociedade no tocante ao acesso a benefícios e serviços. Permaneceu, portanto, a sistemática anterior, em virtude da manutenção e até mesmo da criação de dispositivos legais que orientam as camadas sociais de maior poder aquisitivo para a busca de serviços e seguros privados⁴⁵.

No Estado Democrático de Direito, a inserção da saúde na categoria dos direitos sociais, – dentro da dinâmica da Seguridade Social –, configurou uma obrigação a ser provida pelo Estado. O artigo 196 da Constituição Federal expressa claramente o seu conteúdo: “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.”

Ademais, o fato de ser concebida como um direito universal decorre do princípio da isonomia que permeia todo o texto constitucional. Logo, não é necessário nenhum requisito para a sua fruição, razão pela qual o acesso às ações e serviços de saúde deve ser universal e igualitário, em todos os níveis de assistência.

Por decorrência, sua garantia e concretização ocorrem mediante a realização de políticas sociais e econômicas, não apenas a fim de reduzir do risco de doenças, mas também de promover o acesso, sem quaisquer discriminações, aos respectivos serviços, os quais possibilitem a proteção e a recuperação aos cidadãos que porventura estejam acometidos por alguma enfermidade, bem como às ações preventivas⁴⁶ à ocorrência destas.

A Lei Orgânica da Saúde, nº 8080/90, preconiza como dever do Estado prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde, por meio

⁴⁵ELIAS, Paulo Eduardo. Reforma ou Contra-Reforma: Algumas Reflexões sobre as Políticas de Saúde no Brasil. In ARANHA, Márcio Iorio e TOJAL, Sebastião Botto de Barros (orgs.). *Curso de Especialização à Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Ministério da Saúde*. UNB - Faculdade de Direito – Núcleo de Estudos em Saúde Pública da UnB/CEAM. FIOCRUZ - ENSP – Escola Nacional de Saúde Pública: Brasília, 2003, p. 96-97.

⁴⁶ A prevenção relaciona-se basicamente com os programas e ações a seguir especificados: vacinação, fiscalização de produtos, alimentos, educação sanitária.

da formulação e execução de políticas econômicas e sociais voltadas à redução de riscos de doenças e de outros agravos, bem como para o estabelecimento das condições necessárias à garantia do acesso universal e igualitário às ações e aos respectivos serviços.

Também é atribuição do poder público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, estabelecendo a regionalização e a descentralização, além de prover o atendimento integral.

Desta forma, a integralidade da assistência à saúde impõe a articulação e continuidade do conjunto das ações e serviços preventivos e assistenciais ou curativos, em todos os níveis do sistema, dentro da orientação e execução da descentralização adotada pelo SUS – Sistema Único de Saúde.

Convém traçar algumas considerações sobre o conceito e abrangência dessa integralidade, a fim de tentar definir quais prestações devem ser realmente efetivadas pelo Estado e orientar as escolhas pelo Administrador Público, bem como quando for necessária a ponderação, em sede judicial, entre dois direitos eventualmente contrapostos, de acordo com a temática que será desenvolvida no Capítulo 04.

Sobre a parte final do artigo 196 em comento, onde está estabelecido o dever estatal quanto à prestação de serviços de âmbito curativo e preventivo, Lenir Santos acentua que:

“ele não autoriza interpretação de que *todos têm irrestrito direito a tudo* na saúde. Além de não ter esse elástico, não pode ser interpretado isoladamente dos arts. 198 e 200 e de outras leis que o regulamentam.

Entender a saúde pública como um serviço que assegura serviços *latu sensu*, sem nenhuma regulamentação, planejamento, previsão dos recursos financeiros, epidemiologia é um despropósito e uma utopia que poderá levar a sua falência.

O SUS não tem o poder nem o dever de atuar em todas as áreas com implicações na saúde e que não são poucas.”⁴⁷

A integralidade da assistência à saúde está expressamente prevista nos artigo 6º⁴⁸, “d” e artigo 7º, IV, sendo que o II (todos da Lei nº 8.080/90), define

⁴⁷ SANTOS, Lenir. *SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde*. Acessível em: <www.fiocruz.br/radis/49/werb-02.html>. Acesso em: 28 out. 2008.

⁴⁸ “Artigo 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; [...]

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;

como sendo: “o 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.”

A universalidade por sua vez, significa a garantia de acesso de todas as pessoas à proteção e recuperação de sua saúde, mas é necessário ingressar às formas de atendimento estabelecidas pelo SUS, uma vez que a assistência integral somente é prestada àqueles que estão sendo atendidos dentro dos padrões técnicos e assistenciais formulados por seus gestores⁴⁹.

O preceito contido no artigo 197 da atual Constituição acentuar a relevância pública das ações e serviços de saúde, devendo a sua execução realizar-se diretamente pelo poder público, a despeito da ação complementar da iniciativa privada. A respectiva regulamentação está contida no artigo 2º da Lei nº 8.080/90⁵⁰.

Desse arcabouço normativo resulta, pois, que a prestação dos serviços de saúde é obrigação estatal, cabendo-lhe a execução desse serviço de relevância pública. Logo, tanto as condutas quanto as omissões dos agentes públicos nesta seara estão adstritas ao controle de sua probidade administrativa⁵¹.

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;”.

⁴⁹ “Quem optou pelo sistema privado não pode pleitear *parcela* da assistência pública porque ela pressupõe a *integralidade da atenção* e a integralidade da atenção, por sua vez, pressupõe que o paciente está sob terapêutica pública, escolheu o sistema público⁴⁹.”

Integralidade da atenção é uma ação de mão dupla: paciente e profissionais devem manter uma vinculação, não podendo o SUS ser uma *atividade complementar* do setor privado, apenas fornecendo exames, medicamentos, realizando cirurgias *ministradas por profissionais que não pertencem ao setor público da saúde*.

[...] Se o SUS vincula a assistência farmacêutica à prescrição, pelo seu profissional, do medicamento; se vincula a cirurgia, fisioterapia, exames complementares à uma prescrição de profissionais do SUS, o paciente não poderá, mediante prescrição privada, ir buscar os serviços públicos. Se não houver esse respeito às normas públicas, teremos um esfacelamento, um fracionamento da atenção e um sistema público *complementar* ao sistema privado ao invés de um sistema público *integral*.”. SANTOS, Lenir. *SUS: Contornos Jurídicos da Integralidade da Atenção à Saúde*. Acessível em: <www.fiocruz.br/radis/49/werb-02.html>. Acesso em: 28 out. 2008.

⁵⁰ “Artigo 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”.

⁵¹ Os atos dos agentes públicos, quando evitados de ilegitimidade ou legalidade, se evidentemente praticados em desacordo com os princípios norteadores da atividade pública, especialmente aqueles especificados no artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, podem ser tipificados na Lei nº 9429, de 02

Visto que a proteção da saúde consta expressamente como um dever do Estado, resulta em direitos exigíveis em sede judicial, podendo imediatamente ser invocada, ante a ausência ou insuficiência de sua prestação. Desta forma, diante da inércia do Poder Executivo, cabe a exigência da prestação destes direitos por meio do Poder Judiciário, sem importar violação ao princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, exige o envolvimento do Ministério Público e do Poder Judiciário para sua garantia, em atuação para verificação quanto ao cumprimento desse dever, podendo abranger tanto o escrutínio sobre o planejamento, em conjunto com a execução das respectivas políticas públicas, no tocante à defesa do direito à saúde, coletivamente considerado, quanto à defesa do patrimônio público relativamente ao uso das verbas que lhe forem destinadas.

Cumprido destacar, finalizando este tópico, a discussão acerca da possibilidade de serem reconhecidos direitos subjetivos originários a prestações, no caso, direitos relacionados à saúde.

A controvérsia sobre este ponto relaciona-se aos condicionamentos econômico-financeiros, a chamada reserva do possível, e jurídico-políticos (poder de disposição), o qual se vincula à competência legal e à legitimidade política, ao princípio da separação dos poderes e à reserva parlamentar em matéria orçamentária, impostos ao destinatário da norma, que dificultam a realização absoluta de todos os direitos sociais prestacionais ao mesmo tempo.

Com vistas a superar esses obstáculos, é preciso utilizar uma interpretação intermediária e conciliadora, baseando-se na natureza de princípio do comando do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal e não desqualificar os direitos originários a prestações sociais, negando-lhes qualquer possibilidade de configurarem direitos subjetivos, exigíveis em juízo.

3.4

de junho de 1992, a Lei de Improbidade Administrativa.

Para disciplinar a forma de incidência das respectivas sanções, foi editado o referido diploma normativo, onde estão consignadas as categorias de atos de improbidade administrativa:

1. lesivos ao patrimônio público e enriquecedores do agente público de forma ilícita como consequência; 2. danosos ao erário, como resultado da malversação do dinheiro público e 3. ofensivos aos princípios orientadores dos agentes públicos na realização dos atos administrativos. O § 4º desse artigo estipula várias penalidades para quem praticar atos contrários a esses princípios, as quais consistem na suspensão de direitos políticos, na perda da função pública e, quando for o caso, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário dos danos causados.

Fontes de financiamento e aplicação dos recursos orçamentários em saúde pública.

Estando a saúde inserida no Sistema de Seguridade Social, consoante dispõe o artigo 195, esta será financiada por toda a sociedade, mediante recursos provenientes do orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras possíveis fontes.

As verbas orçamentárias destinadas à saúde pelos Estados da Federação são constituídas, em sua maior parte, de recursos oriundos do Fundo Nacional da Saúde, e este, por sua vez, segundo o artigo 198, § 1º, da Constituição da República, contém recursos provindos de tributos arrecadados pela União⁵².

A constatação de que a prestação efetiva dos serviços públicos de saúde no Brasil estaria diretamente relacionada ao aumento e à vinculação de recursos a serem destinados para tal finalidade, resultou na promulgação da Emenda Constitucional nº 29, em 13 de setembro de 2000. A fundamentação contida em sua Exposição de Motivos revela seus principais objetivos: a estabilização dos recursos destinados à área da saúde, sua ampliação e o comprometimento dos três entes de direito público componentes da federação com o seu financiamento.

Assim, a concretização destes objetivos, segundo o propósito do Constituinte Reformador, ocorreria com a vinculação das receitas federais, estaduais e municipais para a saúde, por meio da fixação de um percentual mínimo de recursos a serem obrigatoriamente aplicados pelos Estados nesta área.

⁵²A Legislação Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) ao disciplinar a aplicação dos recursos financeiros do Sistema Único de Saúde – SUS, atribui à União, por meio do Ministério da Saúde, o controle e a fiscalização do uso destas verbas, impondo aos Estados e Municípios, prestação de contas ao Tribunal de Contas da União e ao sistema de auditoria do Ministério da Saúde, mediante “relatórios de gestão, conforme, especificamente, os preceitos normativos abaixo reproduzidos:

“Artigo 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 [...].

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

E Lei nº 8.142/90:

“Artigo 2º Os recursos do Fundo Nacional de Saúde – FNS serão alocados como: [...]

IV – cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal.”

Tais percentuais começaram em 7%, para o ano de 2000, com progressão anual que deveria atingir, a partir de 2004, o índice de 12% para os Estados; e de 15% para os Municípios⁵³. A adoção desses quantitativos deve ser efetivada enquanto a lei complementar prevista no parágrafo 3º do artigo 198 não for elaborada, conforme a redação estipulada pelo artigo 77, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁵⁴.

Entretanto, apesar de decorrido longo tempo desde a sua promulgação, ainda não foi editada a referida lei complementar, mas se encontram em tramitação no Congresso Nacional Projetos de Lei objetivando fazê-lo: o de número 01/2003, da Câmara dos Deputados, elaborado pelo Deputado Guilherme Menezes; e, no Senado Federal, os de números 121/2007 e 156/2000, de autoria, respectivamente, dos Senadores Tião Viana e Marconi Perillo.

Essa ausência de marco legal específico tem gerado controvérsias e conferido margem a serem empregadas, pelos três entes de direito público brasileiros, verbas destinadas a essa importante área, em programas ou atividades administrativas que não podem ser qualificadas como tais, gerando desvio de finalidade.

Contudo, deve ser acrescentado que a lei complementar a ser editada não terá como escopo definir o conceito de ações e serviços públicos de saúde, mas apenas, conforme explicitado, estabelecer os percentuais referidos no parágrafo 2º, do artigo 198, da Constituição Federal, os critérios de rateio entre os entes federativos, bem como as normas de fiscalização, avaliação e controle de despesas e a fórmula a ser utilizada para o cálculo do montante a ser aplicado pela União.

Isto porque, conforme explanação anterior, a redação do artigo 196, da Constituição da República, resolve o problema relativo à definição sobre o que

⁵³ Estabeleceu, ainda, que o percentual mínimo acima discriminado deve incidir exclusivamente sobre os recursos ordinários não vinculados e decorrentes de impostos, cujo conjunto de receitas forma, ao final, o Fundo Estadual de Saúde.

⁵⁴ No caso da União, no ano de 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; e, do ano de 2001 ao exercício de 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB, devendo permanecer idêntico valor a partir de 2005, caso não editada a lei complementar prevista no artigo 198, parágrafo 3º da Constituição Federal (art. 77 do ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

pode ser considerado como ação de saúde, visto contemplar os princípios aplicáveis ao direito à saúde⁵⁵.

Somado a isto, existem textos normativos infraconstitucionais, principalmente os artigos 5º⁵⁶ e 6º da Lei nº 8.080/90, a partir dos quais é possível obter a compreensão de sua abrangência, a explicitação dos seus objetivos, além de reproduzirem as diretrizes do direito à saúde e do Sistema Único de Saúde, constantes na Carta Magna, contém orientações sobre as políticas públicas relacionadas à área⁵⁷.

A fim de corroborar tais assertivas, é importante ressaltar o conteúdo dos dispositivos contidos nos incisos III e IV do artigo 36 da referida Lei nº 8080/90, por meio dos quais são consideradas como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde dos respectivos entes estatais⁵⁸.

⁵⁵ “os princípios do Sistema Único de Saúde não são isolados e dissociados dos demais princípios constitucionais, em especial dos estruturantes e consagradores dos direitos fundamentais. Pelo contrário, eles estariam, em relação a estes, no patamar de subprincípios instrumentais para a concretização dos valores constitucionais que pairam no patamar mais alto da Constituição, em especial os previstos nos artigos 1º e 4º. Conectam-se os princípios do SUS, ainda, ao sistema de direitos e garantias fundamentais (individuais, coletivos e sociais, concretizando o direito à vida, à integridade física, à saúde e ao bem-estar pleno. Ao mesmo tempo, porém, que são concretizações de princípios constitucionais genéricos, os princípios do SUS exercem semelhante papel em face das demais regras do sistema”. WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 157.

⁵⁶ Define como objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de política de saúde destinada a promover, no campo econômico e social, a observância do disposto no § 1º do artigo 2º dessa lei e a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e de atividades preventivas.

⁵⁷ Os parâmetros existentes, contidos na legislação acima referida, referendados inclusive em manifestação exarada pelo Conselho Nacional de Saúde, têm sido utilizados por membros do Ministério Público em ações civis públicas, os quais foram expostos nas iniciais contidas nos Processos números 2003.51.01.028279-7 e 2005.51.01.027010-0, com relação aos exercícios financeiros de 2000 a 2004, com referência ao Estado do Rio de Janeiro e foram ajuizadas pela respectiva Procuradoria da República, sendo a autora uma de suas representantes. Disponível em: <<http://eros.pgr.mpf.gov.br:8300/internet/busca/estrut/default.cfm?app =pselec1c3>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

⁵⁸ O pedido veiculado na ação ajuizada no ano de 2006, com base nos mesmos argumentos acima apontados, no tocante às verbas orçamentárias despendidas em saúde durante o exercício de 2005, constante do Processo n. 2006.51.01.023830-0, já foi julgado procedente. Eis a reprodução dos trechos finais da sentença:

“[...] As Leis Estaduais nos. 4.167/2003 e 4.179/2003 prevêm a aplicação dos recursos do Fundo Estadual de Saúde em programas de trabalho que não podem ser considerados como ações e serviços de saúde, e sim de assistência social, uma vez que os referidos programas não atendem aos princípios da universalidade e do acesso gratuito, tais como Farmácia Popular, Programa Suplementação Alimentar, “Cheque Cidadão”, dentre outros, devendo, em consequência, o ente federativo proceder a devida reparação pela não aplicação correta dos valores referentes à rubrica saúde.

Nessa esteira de raciocínio, caberá igualmente condenação à União Federal, em face de sua responsabilidade no controle e fiscalização das verbas oriundas do Sistema Único de Saúde, bem

Nesses documentos estão contidas as bases das atividades e das programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde, além de estipular que seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária, consoante prescreve o parágrafo 1º do mencionado artigo 36⁵⁹.

Ademais, tais serviços e ações devem ser de responsabilidade específica do setor de saúde, não se confundindo com despesas atinentes a outras políticas públicas referentes aos chamados fatores determinantes e condicionantes⁶⁰ (artigo 3º da Lei nº 8080/90), mesmo que tenham implicação com as condições de saúde, tais como o saneamento básico.

Com relação a gastos, por exemplo, os programas e ações de saneamento básico não podem ser incluídos como despesas específicas da área de saúde, pois, apesar de haver uma relação entre o saneamento e doenças de veiculação hídrica, por exemplo, este está distanciado do dever do Estado em prestar assistência à saúde.

Por ser evidente, não se pretende negar a relação do saneamento com a saúde pública, entretanto, esse tipo de ação não se insere dentro do conceito desta, pois o saneamento⁶¹ está relacionado às atividades atinentes a outro setor

como sua faculdade de reter valores do Fundo de Participação dos Estados [...]. Por seu turno, deve a União condicionar a entrega dos valores destinados ao Estado do Rio de Janeiro, referentes ao Fundo de Participação dos Estados - FPE, ao cumprimento do disposto no artigo 198, parágrafo 2o, incisos I e II, da Constituição Federal, nos exatos termos do seu artigo 160, inciso II, bem como ao cumprimento do previsto no artigo 25, parágrafo 1o, alínea “b”, da Lei Complementar nº 101/2000, desprezando-se os valores aplicados em programas de cunho meramente assistencialista e/ou saneamento básico”. Acessível em:

<<http://www.jfrj.gov.br/nsiapro/jfrj/consulta/resconsproc.asp>>. Acesso em: 06 abril 2009.

⁵⁹ Idêntica pretensão também foi veiculada pelo Ministério Público Federal do Estado de Minas Gerais, sendo acolhida pelo magistrado federal, que, no mesmo sentido julgou procedente a pretensão”. Processo nº 2004.38.00.008973-8. Sentença disponível em: <www.jfmg.gov.br>. Acesso em: 06 abril 2009.

⁶⁰ “[...] se *condicionam* a saúde, com ela não se confundem. Ademais, prevalecendo o entendimento de que tais fatores se confundem com ações e serviços públicos de saúde para fins de implementação da Emenda Constitucional n. 29/2000, haverá um completo esvaziamento da reserva constitucional estabelecida em favor do direito à saúde, pois entre os fatores condicionantes encontram-se praticamente todos os direitos sociais, de modo que o orçamento destinado à saúde serviria, a prevalecer tal entendimento, a todas as políticas sociais do governo”. GRAVRONSKI, Alexandre Amaral; DANTAS, Nara Soares; SILVA, Oswaldo José Barbosa e SILVA, Ramiro Rockenbach. *Financiamento da Saúde. Manuais de Atuação. Grupo de Trabalho “Saúde”*. PFDC – Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão - Ministério Público Federal. Brasília - DF: ESMPU – Escola Superior do Ministério Público da União, 2008. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/saude/Financiamento_da_saude>.

⁶¹ Ana Paula de Barcellos, no entanto, ao discorrer sobre quais prestações de saúde seriam devidas, a fim de atender ao mínimo existencial, considerando-o fundamento da dignidade de todos os indivíduos, contrariamente a esta orientação, propugna:

“[...] pela inclusão prioritária no mínimo existencial daquelas prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitam – como o atendimento no parto e o acompanhamento da criança no pós-natal –, necessitam – exemplificativamente o saneamento básico e o atendimento preventivo em

específico de atividade estatal, estando incluídos nele o abastecimento de água (coleta e distribuição) e o esgotamento sanitário (coleta, afastamento e tratamento de esgotos), de acordo com a definição prevista pela Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, a qual estabeleceu o respectivo marco regulatório⁶².

Voltando ao tema objeto deste item, é interessante perquirir também se há divergência entre a estipulação do artigo 198 da Constituição Federal, que traduz o anseio da população no tocante a garantir a existência de um atendimento realmente integral e efetivo, e a atuação de seus representantes, situados no âmbito do Poder Executivo e do próprio Poder Legislativo, pois os percentuais fixados para o orçamento da saúde são elevados e vinculantes.

Por esta razão, muitas vezes não chegam a ser atingidos em um exercício financeiro, bem como as respectivas verbas são utilizadas em atividades cuja vinculação não pode ser estabelecida com essa área, por meio da utilização de vários mecanismos visando a burlar o comando constitucional.

Por isto, em algumas ocasiões, os governantes eventuais, devido à necessidade de observância dos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal para despesas cujo custeio não é proporcionado por verbas vinculadas, tentam inserir atividades ou serviços totalmente fora do conceito de saúde dentro do orçamento desta, tais como para executar programas de caráter assistencialista, os quais, embora vinculados à Assistência Social, não podem ser executados com rubricas orçamentárias de outra esfera de atuação.

Foi utilizado para esse fim pelo Estado do Rio de Janeiro inclusive a edição de leis estabelecendo programas de caráter assistencialista, que foram custeados com verbas da saúde, os quais não poderiam ser considerados como

clínicas gerais e especializadas, como cardiológica, ginecológica etc. – ou provavelmente não de necessitar – *e.g.*: o acompanhamento e controle de doenças típicas da terceira idade, como a hipertensão, o diabetes etc. [...].

É interessante observar que as conclusões acima se harmonizam em boa parte com as quatro prioridades estabelecidas pela própria Constituição para a área da saúde, como visto no Capítulo VI, a saber:

- (i) a prestação do serviço de saneamento (artigo 23, IX, 198, II e 20, IV);
- (ii) o atendimento materno-infantil (Artigo 227, I);
- (iii) as ações de medicina preventiva (Artigo 198, II); e
- (iv) as ações de prevenção epidemiológica (artigo 200, II).[...]. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 280-281.

⁶² Vale frisar que no âmbito federal, dentro da estrutura da União, as atividades de saneamento são de atribuição da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, pertencente ao organograma do Ministério das Cidades e não tem vinculação direta com o Ministério da Saúde e respectivos programas de saúde pública, em razão de constituir um serviço público complexo, demandando o seu tratamento por órgão específico.

afetos a essa área, mas por esse instrumento, passaram a ser incluídos no orçamento desse setor cujas ações são de extrema importância para grande parcela da população, a qual sofre com a ineficácia de seu direito legitimamente assegurado.

Aliás, na decisão monocrática proferida pelo relator, Ministro Celso de Mello na ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (Medida Cautelar), discutiu-se a relação entre essa questão de destinação de verbas para a Saúde no orçamento da União, bem como restou afirmado que os preceitos relativos ao direito à saúde não poderiam ser colocados em segundo plano diante de obstáculos advindos da dimensão econômica.

O pedido contido na ação perdeu seu objeto em razão de o Presidente da República ter sanado o descumprimento que teria sido apontado como motivo para o ajuizamento da ação, ou seja, a inclusão, em projeto de lei destinado a fixar diretrizes para a elaboração da lei orçamentária referente ao ano de 2004, de verbas destinadas a programa de caráter assistencial (Fundo de Combate à Pobreza).

Contudo, o Ministro relator fez questão de deixar assentado seu posicionamento sobre a questão e como abordou, de maneira percuciente, vários aspectos relacionados ao tema em relevo neste trabalho, importa trazer à colação substancial transcrição:

“EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em

desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)[...].

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. [...]

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do

Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. [...].

Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000.⁶³.

Encerrando este tópico, convém acentuar as consequências ao ente estadual cujo proceder esteja em desacordo com a determinação constitucional, tais como a possibilidade de se aventar a hipótese de ocorrência de intervenção federal, -- para assegurar a observância dos chamados princípios constitucionais sensíveis, bem como pela quebra do princípio federativo --, consoante as previsões dos artigos 34, VII, “e”, e 160, parágrafo 1º, II, ambos da Constituição Federal.

3.5

Consequências do descumprimento do artigo 198, § 2º, da Constituição Federal.

Dois mecanismos foram estabelecidos para controle do percentual mínimo das receitas públicas a serem aplicadas pelos entes federativos estaduais no sistema de saúde local, prevendo severas sanções em caso de descumprimento: - a possibilidade de pedido de intervenção federal, com fundamento no artigo 34, VII, “e”; - e a retenção e condicionamento de recursos do Fundo de Participação dos Estados – FPE, conforme o disposto no artigo 160, parágrafo único, inciso II, ambos da Lei Fundamental.

Na legislação infraconstitucional, por sua vez, está consignada a competência da União, por meio da Secretaria do Tesouro Nacional, nos termos

⁶³ ADPF nº 45- Distrito Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. Publicação DJ 04/05/2004 PP-00012. RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Acessível em www.stf.jus.br.

da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), de efetuar transferências voluntárias de recursos. Uma das exigências legais para efetivação dessas transferências é exatamente o cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde⁶⁴.

3.5.1

Possibilidade de intervenção federal.

Trata-se de hipótese de descumprimento da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento das ações e serviços públicos de saúde. Nesse caso, a decretação de intervenção dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, conforme dispõe o artigo 36, inciso III da Carta Política.

O acréscimo da alínea “e” ao inciso VII do artigo 34⁶⁵ da Lei Maior igualmente decorreu da promulgação da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000⁶⁶, pois os danos ocasionados pela eventual falta de aplicação do percentual mínimo constitucional podem se refletir em omissões na execução de programas de saúde de atribuição dos Estados, bem como na precária prestação desses serviços à população.

⁶⁴ Eis o teor da norma em comento:

“Artigo 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

§ 1º São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:

I - existência de dotação específica; [...]

IV - comprovação, por parte do beneficiário, de: [...]

cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde; [...]”

⁶⁵ “Artigo 34 – A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

[...] e - aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”

⁶⁶Essa regra estipulou, conforme acima ressaltado, a vinculação de receitas estaduais e municipais, por meio da previsão de percentuais mínimos de recursos a serem obrigatoriamente aplicados nesta área, conforme anteriormente especificado.

Embora a intervenção federal seja um instituto adjetivado como quase "agônico", nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence⁶⁷, insta observar que a sua previsão, bem como eventual invocação, não constitui pendor autoritário.

Constitui um meio pelo qual a norma inscrita na Constituição Federal realmente seja cumprida, porquanto o princípio da legalidade estrita (Constituição Federal, artigo 37), determina ao Administrador Público obedecer ao preceituado na Lei Maior e por isto, o agir na seara pública, significa observá-la, não apenas em sentido formal, mas também materialmente.

Acentua-se que a intervenção da União em Estado-membro é um mecanismo tipicamente decorrente da adoção do sistema federativo como forma de organização do Estado, tendo a República brasileira, sido, desde o seu início, configurada sobre a estrutura federal.

Em nossa lei fundamental, quando traçada a definição desse instituto, procurou-se restringir as suas hipóteses, as quais se limitam àquelas contempladas no artigo 34, circunscrevendo-as ao rol taxativo lá previsto.

A este respeito é bastante elucidativa a síntese histórica efetuada por Luís Roberto Barroso sobre alguns episódios onde houve a decretação da medida sob análise; entretanto, relata que, sob o regime constitucional de 1988, jamais ocorreu hipótese de intervenção federal formalmente decretada; tampouco na vigência das Constituições de 1967-1969⁶⁸.

Algumas características desse tipo de atuação peculiar à federação foram realçadas pelo Ministro Celso de Mello em voto proferido durante o julgamento da Intervenção Federal n. 114-5-MT⁶⁹ ocorrido em 13 de março de 1991.

⁶⁷ “[...] desde quando instituída, jamais provocou uma intervenção efetiva, de fato, mas apenas intervenção jurídica, consistente também na suspensão da eficácia do ato impugnado.” Brasil. Supremo Tribunal Federal. IF 114-5. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Estado de Mato Grosso. Rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 29 de set. 199. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 maio 2006.

⁶⁸ *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 250.

⁶⁹ Esse julgado constitui *leading case*, tendo em vista o aprofundamento da questão efetuado pelos Ministros componentes do Supremo Tribunal Federal, dele extraído-se o seguinte trecho: “O mecanismo de intervenção constitui instrumento essencial à viabilização do próprio sistema federativo, e, não obstante o caráter excepcional de sua utilização – necessariamente limitada às hipóteses taxativas definidas na Carta Política –, mostra-se impregnado de múltiplas funções de ordem político-jurídica, destinadas (a) a tornar efetiva a intangibilidade do vínculo federativo; (b) a fazer respeitar a integridade territorial das unidades federadas; (c) a promover a unidade do Estado Federal e (d) a preservar a incolumidade dos princípios fundamentais proclamados pela Constituição da República.”

Constata-se ser consenso, em sede doutrinária e jurisprudencial, o entendimento de que o mecanismo em referência configura excepcional forma de limitação da autonomia do Estado-membro, destinando-se à preservação da soberania nacional, do pacto federativo e dos princípios constitucionais sobre os quais se edifica o Estado Democrático de Direito.

Não constitui, por evidente, providência rotineira nem está sujeita a juízos políticos arbitrários. Assim, sendo uma medida drástica, deve estar adstrita a um rigoroso exame a respeito da ocorrência dos pressupostos necessários a sua decretação, tanto em seus aspectos formais quanto materiais.

Aliás, a eventual tentativa de edição de emenda constitucional tendente a violar a forma republicana será motivo para a decretação da intervenção, consoante o preceito estipulado no artigo 34, VII, “a”, da Constituição Federal.

3.5.2

Óbice a repasse de recursos federais.

Tendo em vista que a intervenção federal é medida de extrema gravidade, cumpre esgotar todos os meios ordinários possíveis quanto ao adimplemento da obrigação contida no artigo 198, § 2º, incisos II e III, da Lei Maior.

Desta forma, a falta ou insuficiência da aplicação das verbas vinculadas às ações e serviços públicos de saúde também autoriza a retenção e o condicionamento dos recursos a serem repassados aos Estados pela União, por meio do Fundo de Participação dos Estados - FPE, hipótese prevista no artigo 160, parágrafo único, inciso II, da Constituição da República⁷⁰.

Evidencia-se, portanto, que a aplicação dos recursos afetos à saúde pública não é matéria reservada à discricionariedade do administrador público, mas encontra-se sob o regime relativo à realização dos atos administrativos vinculados, os quais são aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação

⁷⁰ “Artigo 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta Seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos: [...]

II – ao cumprimento do disposto no artigo 198, § 2º, incisos II e III.”

igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma⁷¹.

Aliadas a estas considerações, o descumprimento do mandamento constitucional também pode configurar hipótese de violação ao princípio constitucional da legalidade, expondo o agente público, seja de que categoria for, à prática de ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, *caput*, da Constituição da República e artigo 11, da Lei nº 8.429/92.

3.6

Uma das formas adequadas de proteção: ação coletiva.

Conforme vem sendo exposto ao longo do texto, devido à prioridade da abordagem do direito à saúde como direito coletivo, esse tópico destina-se a discorrer sobre um dos instrumentos processuais adequados a efetuar essa proteção, a ação coletiva.

O objetivo buscado é o de tentar equacionar uma questão suscitada pelo trabalho, ou seja, a conciliação dos vários problemas relativos à consecução do direito de proteção à saúde, os quais têm muitas causas.

Incluem-se entre elas, algumas já mencionadas, tais como a falta de concretização de políticas públicas relativas ao direito social de proteção à saúde pelos poderes constituídos, bem como uma possível atuação deficitária do Poder Legislativo, podem ser relacionadas uma série de atitudes como proposta para resolver essa equação com vários fatores envolvidos.

Poder-se aventar percorrer um caminho que inclua uma série de procedimentos tanto para a criação quanto para a realização de políticas públicas de atendimento aos direitos prestacionais em questão, usando a nova tendência em sede administrativa, a da consensualidade⁷² para a resolução do conflito em sede administrativa e pré-processual.

Não se olvida, por evidente, a possibilidade de ajuizamento de uma demanda de caráter urgente por quaisquer dos legitimados, bem como a própria

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 380.

⁷² ARAGÃO, Alexandre. A Consensualidade no Direito Administrativo: Acordos Regulatórios e Contratos Administrativos. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar. Vol. 1, jan./mar. 2006, p. 155-173. E do mesmo autor: *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ação coletiva, a ser inserida como último item a seguir especificado, à qual será conferida a devida ênfase.

Esses procedimentos, já existentes, mas que poderiam ser incrementados, incluiriam, apenas a título de exemplificação, os seguintes, sem prejuízo de quaisquer outros não apontados, mas que servissem ao objetivo pretendido:

1- o efetivo funcionamento de fóruns permanentes envolvendo os Conselhos de Saúde das três esferas de governo, principalmente os dos municípios, onde mais de perto se verificam os problemas que afligem a maioria da população, com a participação influente da sociedade civil, incluindo atores dispersos, grupos e associações (de pacientes, médicos, pesquisadores, indústrias farmacêuticas e de insumos etc.);

2- envolvimento do Poder Legislativo na formulação de leis e utilização efetiva dos meios de controle que possui, tal como o aprimoramento da verificação dos aspectos afetos aos Tribunais de Contas;

3- controle pela própria Administração Pública, em cumprimento aos preceitos contidos no artigo 37 da Constituição Federal, relativamente ao princípio da eficiência na alocação de meios e recursos públicos, além da gestão destes quanto ao manejo da distribuição dos bens postos à disposição dos usuários;

4- acordos prévios entre órgãos da Administração Pública e o Ministério Público, os chamados Termos de Ajustamento de Conduta⁷³ e finalmente,

⁷³“O ajustamento de conduta tem com objeto a conformação às exigências da lei vigente ao momento da ocorrência da ameaça ou da violação do direito transindividual. O comportamento comissivo e omissivo que pode ser alvo do ajustamento é extremamente amplo. Assim, abrange condutas já findas ou por se realizar, condutas instantâneas e aquelas que se encontram dentro de uma relação jurídica continuada. Quando se trata do Poder Público o compromisso pode ser firmado, inclusive, para estabelecer condições temporais e orçamentárias para a efetiva implementação de uma determinada política pública, cuja inexistência resulte em violação ou promoção inadequada de direitos transindividuais. O que poderia considerar discricionário passa dessa forma a ser uma atividade vinculada pela livre e espontânea vontade do Poder Público traduzida no compromisso. É uma forma de se permitir o controle de determinados atos fundamentais pra o exercício de direitos, embora haja, ainda, uma certa dificuldade de submetê-los à revisão judicial.” (p. 175).[...]

O Termo de Ajustamento de Conduta é uma forma de solução extrajudicial de conflitos, promovida por órgãos públicos, tendo como objeto a adequação do agir de um violador ou potencial violador de um direito transindividual (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) às exigências legais, valendo como título executivo extrajudicial. É um negócio jurídico bilateral, um acordo, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às determinações legais. Independentemente do seu rótulo não pode ter como resultado disposição, nem transação do direito transindividual.” (p. 297). RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

5- ajuizamento de ações coletivas quando nenhuma forma anterior tenha surtido efeito, ou seja, o meio mais eficaz para se buscar uma resposta em termos coletivos, que demande uma providência a ser realizada ou de execução de uma política pública para o seu atendimento.

Acentua-se que, nestas ações, em algumas situações precisaria ser adotada uma postura flexível pelas partes e pelo juiz, levando em conta o caráter coletivo dos interesses envolvidos, a fim de se encontrar uma resolução para a demanda, incluindo, por exemplo, a nomeação de peritos ou até mesmo o chamamento de entidades ou pessoas na qualidade de *amicus curiae*⁷⁴.

Tudo isto com a finalidade de se aventar soluções factíveis, mesmo que de realização gradual ou diferida quanto ao cumprimento da adjudicação judicial de prestações relacionadas a direitos sociais, especificamente ao direito à saúde pela Administração Pública.

Convém asseverar, antes de iniciar a análise do tema a ser abordado, que a ausência de previsão legislativa específica sobre a possibilidade de ajuizamento de ações coletivas no Brasil até a promulgação da Lei da Ação Civil Pública, provinha de um conjunto de fatores nacionais, tanto de caráter político quanto social. Cita-se, exemplificativamente, a preponderância de ações individuais, de cunho patrimonial, uma sociedade individualista, a cidadania em refluxo referida em item anterior, entre outros.

Contudo, com o devir histórico, vislumbrando como marco temporal a edição do Código de Processo Civil de 1937, foi sendo constatada a insuficiência das ações individuais para defesa de alguns direitos de abrangência coletiva.

⁷⁴ O *amicus curiae* ou "amigo da Corte" é um instituto jurídico originário do Direito Norte-Americano, utilizado por sua Suprema Corte desde o início do Século XX. Essa forma de atuação, no âmbito de um processo, é exercida por quem dele não é parte, mas detém grande conhecimento a respeito de determinada matéria, objeto da demanda, com vistas a auxiliar a corte julgadora quanto à decisão a ser proferida. Sua admissão qualifica-se como fator de legitimação social das decisões dos Tribunais Constitucionais, viabilizando a abertura do processo e permitindo a participação de entidades e instituições que efetivamente representem os valores essenciais da coletividade. O artigo 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99, faculta a pessoas, órgãos, entidades, associações e outros, requerer o ingresso em processos nos quais se discute a constitucionalidade de leis e os atos governamentais que ameacem ou violem direitos e interesses coletivos e difusos ou até mesmo preceito fundamental, nos casos passíveis de ajuizamento de ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (artigo 102, § 1º da Constituição Federal). Atualmente seu ingresso pode ocorrer em quaisquer causas que tenham idêntica questão de direito, em razão da qual haja uma multiplicidade de recursos (de acordo com o disposto no artigo 543, "c", do Código de Processo Civil, acrescentado a este pela Lei nº 11.672, de 08.05.2008, o qual estabelece o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Desta forma, certa influência dos movimentos de afirmação de direitos civis e coletivos, principalmente pela retomada e ampliação das noções de cidadania em alguns segmentos sociais, notadamente sindicatos, fez ver ao meio jurídico a necessidade de viabilizar um instrumento processual para defesa dos direitos coletivos e difusos.

Verificou-se a necessidade de uma forma de institucionalização dos conflitos envolvendo comunidades e grupos intermediários, sem adequada representação política ou jurídica, cuja resposta concreta não dependesse de demorados processos legislativos para sua solução, bem como a ausência de instrumentos processuais adequados para a defesa destas espécies de direitos (difusos e coletivos).

Por esta razão, existiram algumas tentativas de inserção de vários instrumentos destinados a defender direitos que não fossem restritos a um indivíduo ou ampliar o conceito de representação, cuja aplicação prática, entretanto, revelou-se insuficiente.

Algumas iniciativas no campo legislativo, embora pontuais, inseriram a possibilidade de ampliação da legitimação para defesa de direitos cujo titular não fosse apenas um indivíduo, mas possuísse um caráter público ou coletivo.

Como uma das primeiras, foi promulgada a Lei da Ação Popular, nº 4.717/65, para defesa da regularidade dos atos emanados por agentes públicos; bem como a representação de inconstitucionalidade do regime constitucional de 1946 (atual ação direta de inconstitucionalidade e ação de constitucionalidade), e a Lei nº 6.981/81, para defesa do meio ambiente.

O processo de recepção do instituto em questão em solo nacional ocorreu de forma gradual, por meio, principalmente, dos seguintes diplomas normativos:

a) Lei nº 7.347/87 – Lei da Ação Civil Pública: inseriu a denominada ação coletiva no Direito brasileiro, possibilitando a defesa em juízo, de danos patrimoniais e morais causados ao meio ambiente, consumidor, ordem urbanística e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e qualquer outro interesse difuso ou coletivo⁷⁵.

⁷⁵ Essa demanda geralmente é precedida por um inquérito civil público cujo objeto primordial é investigar lesões a quaisquer interesses e direitos que sejam objeto de proteção pelo Ministério Público, quer sejam transindividuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos. Além de abranger investigações a respeito de danos a interesses previstos na Lei nº 7.347/85, também pode ser instaurado para apurar danos ao patrimônio público e social, previstos na lei de

Em seu texto previu-se um amplo rol de legitimados ativos, não tendo sido fixada, conforme previsto inicialmente em projetos de lei e estudos sobre a matéria, a exclusividade do Ministério Público para ingressar com esse tipo de ação. Concebeu-se a ação civil pública como ação coletiva e não apenas como ação civil paralela à ação penal, esta de legitimidade exclusiva daquele órgão, excetuada a ação penal subsidiária.

Ressalta-se que a própria Constituição Federal de 1988 possibilitou a ampliação da defesa dos direitos difusos e coletivos, ao inserir, entre as atribuições do Ministério Público, a de efetuar a defesa de qualquer outro direito difuso ou coletivo, consoante a previsão contida no artigo 129, III, superando, portanto, as limitações materiais contidas na primitiva redação da Lei nº 7.347/85.

b) Código do Consumidor, Lei nº 8.078/90: alterou substancialmente a lei da ação civil pública no tocante a aspectos procedimentais, pois estabeleceu a normatização de procedimentos relativos à ação coletiva, definiu interesses e direitos difusos e coletivos, partes legitimadas e acrescentou dispositivos concernentes à tutela de direitos individuais homogêneos.

Remarcando o apontamento inicial, a inserção desse instituto no sistema jurídico nacional não foi um movimento genuinamente espontâneo da cidadania, derivado quiçá dos percalços ocasionados pelo regime político instaurado em 1964.

Apesar disto e somado ao fato de que a sua recepção no Brasil decorreu principalmente de um movimento de juristas⁷⁶ e operadores do Direito (no caso, especificamente, de membros do Ministério Público), é inegável que ela influenciou decisivamente, após a redemocratização do país e da Constituição de 1988, para o

improbidade administrativa, apurar falhas da Administração na prestação de seus serviços e garantir o acesso ao direito fundamental social à saúde etc.

Não será necessária a instauração de inquérito civil quando houver, em um procedimento administrativo prévio, instaurado pelo referido órgão, provas suficientes à iniciativa em juízo, ou se for o caso, de promoção de arquivamento. Além disso, se tiver sido encaminhada uma notícia de irregularidades ou qualquer fato apto a ensejar a atuação do Ministério Público e esta vier acompanhada das provas suficientes, pode-se desde logo ajuizar a demanda.

Para uma ampla visualização da matéria remete-se ao livro de Hugo Nigro Mazzilli. *O Inquérito Civil Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2. ed., 2000.

⁷⁶ “Não promanou de um movimento social, mas de uma “revolução” de professores e de profissionais do Direito, que, estudando autores italianos, passaram a reivindicar tratamento processual no Brasil para os conflitos meta-individuais, embora socialmente não houvesse manifestações e pressões para tal, por falta de consciência de grupos, pela debilidade organizacional da sociedade civil brasileira e pela repressão política vivida no país durante duas décadas”. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*. Porto Alegre: 1998, Sergio Fabris Editor, 1998, p. 184.

incremento dos movimentos de participação dos cidadãos na vida política pela via judicial, a chamada judicialização das relações sociais e da política.

Concluindo, a título de informação, deve ser mencionada a existência do Projeto de Lei nº 5.139/2009⁷⁷, enviado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República, cujo texto contém alguns pontos que certamente serão objeto de polêmica entre os operadores do Direito e intensos debates no Congresso Nacional⁷⁸.

3.7

A atuação do Ministério Público em defesa da Saúde.

Atualmente as ações coletivas, especialmente as ações civis públicas, em sua maior parte ajuizadas por associações e pelo Ministério Público⁷⁹, de acordo com as considerações acima expostas, têm obtido destacada importância no cenário jurídico nacional no tocante ao fato de levar para o Poder Judiciário o pleito de efetivação de direitos fundamentais e sociais que foram estipulados pelo atual texto constitucional.

Este contexto gera uma nova e importante arena para a discussão e debates relativos a temas concernentes a tais direitos, os quais, consoante ressaltado, têm implicações com o princípio democrático.

⁷⁷ Cujas sistematização foi de atribuição do Ministério da Justiça – Secretaria da Reforma do Judiciário. www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Quadros/quadro_PL/2009.htm. Acessível em:

⁷⁸ Convém esclarecer que inicialmente havia sido concebido para ser um Código Brasileiro de Processos Coletivos, cuja elaboração adveio dos esforços de uma comissão de juristas, integrantes do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, presidido por Ada Pellegrini Grinover, que, juntamente Kazuo Watanabe, entre outros, participaram da elaboração do Código Modelo Ibero-americano de Direito Processual e do Anteprojeto Código Brasileiro de Processos Coletivos formulados na USP – Universidade de São Paulo. Essa iniciativa seria salutar, porquanto pretendia sistematizar e conciliar as diversas disposições normativas esparsas e às vezes até contraditórias, relativas à matéria, em um único texto, o que, certamente, facilitaria a tarefa, tanto do intérprete quanto do aplicador das normas sob análise.

Paralelamente também houve a redação de um Anteprojeto sobre o mesmo tema (para ser consolidado com o anteriormente referido), efetivado em conjunto pelos Programas de Pós-graduação *stricto sensu* da UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da UNESA – Universidade Estácio de Sá (RJ), sob a coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, autor do livro *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002), do qual extraímos alguns subsídios para as observações constantes neste item.

Ambos os projetos podem ser encontrados nos endereços eletrônicos: www.direitoprocessual.org.br, www.mpcon.org.br e www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc.

⁷⁹ A esse respeito veja-se o recente *Ministério Público e a Judicialização da Política. Estudo de Casos*. CASAGRANDE, Cássio. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

Tratando o direito de proteção à saúde como um direito de cunho eminentemente coletivo, pois a abordagem aqui efetuada decorre dessa premissa, bem como pelo fato de que, muitas vezes a pretensão individual advém justamente do não cumprimento do correlato dever estatal, convém lançar um olhar sobre a forma de se proteger ou buscar a efetividade desse direito sob o ângulo coletivo.

Nesse sentido, o Ministério Público tem um importante papel a desempenhar, a partir de sua própria definição pela constitucional como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado.

Igualmente é incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e de zelar pelo efetivo respeito pelos Poderes Públicos e serviços de relevância Pública, aos direitos assegurados na Constituição e promover as medidas necessárias à sua garantia, conforme dispõem, respectivamente, os artigos 127, *caput* e 129, II, da Constituição da República.

Do conjunto das normas supramencionadas, resulta que os direitos constitucionais do cidadão, sejam eles coletivos ou difusos, encontram-se no âmbito da atuação do órgão ministerial⁸⁰, encarregado da defesa destes tanto na esfera administrativa por meio dos respectivos procedimentos administrativos, quando o caso for mais simples, ou pela instauração de inquéritos civis públicos, quando for necessária uma investigação mais acurada sobre a situação posta sob sua atribuição, quanto na esfera judicial.

Em ambas as hipóteses pode ser adotada, consoante identifica Marcelo Pedroso Goulart⁸¹, um dos modelos de atuação por ele classificados, conforme o caso ou a postura do representante do Ministério Público em atuação.

O primeiro modelo descrito é o denominado como *resolutivo*, ou seja, são utilizados os instrumentos previstos, conforme acima mencionado, em que se instaura um procedimento ou um inquérito civil público, em cuja instrução ou

⁸⁰ Em alguns Estados brasileiros os interesses e direitos relativos à área de atuação em Saúde Pública recebem especial atenção por parte dos membros do Ministério Público, constituindo órgãos específicos para essa finalidade, em subdivisão da multiplicidade de tarefas afetas à defesa dos direitos difusos e coletivos.

No Ministério Público Federal a defesa da saúde está sob atribuição da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão - PRDC, em cada unidade da federação. A defesa do patrimônio público no tocante à verificação do uso das verbas destinadas à saúde também pode ficar sob o encargo dos Procuradores da República vinculados à Área da Saúde ou daqueles dedicados à atuação específica no Ofício do Patrimônio Público, relativa à análise sobre a ocorrência de atos classificados como de improbidade administrativa.

⁸¹ *Ministério Público e Democracia: Teoria e Práxis*. São Paulo: LED, 1998.

como forma de resolução do problema verificado são utilizados os instrumentos previstos nas leis da ação civil pública e leis orgânicas dos Ministérios Públicos, Lei Complementar nº 75/93 e Lei nº 8.626/93.

Existe a possibilidade de serem efetuadas requisições, recomendações e formalizados termos de ajuste de conduta, além de realização de audiências públicas com a convocação de interessados, membros da sociedade, especialistas, administradores públicos etc., com os quais se promove uma interação, debates e diálogo.

Por este meio a solução fica adstrita ao campo extrajudicial, não sendo necessária utilizar a via judicial, fenômeno que tem sido cunhado com a expressão “juridicização das relações sociais”, ou seja, os conflitos são submetidos a uma análise sob a ótica jurídica, mas não são levados ao Poder Judiciário.

As atividades desenvolvidas multiplicam-se em amplo leque de atuação nos mais diversos aspectos relacionados ao direito de proteção à saúde. Na prática, as representações recebidas, provindas tanto de indivíduos, grupos e associações, por exemplo, refletem o universo da disparidade entre os preceitos contidos na Constituição Federal e a realidade, um tanto quanto distante da teoria.

Isto porque para a criação dos chamados direitos sociais, entre eles a saúde, é necessária a realização de prestações ou atividades complexas, para o desempenho das quais é imprescindível) a formulação e execução de políticas públicas (programas de atividade estatal), além de uma atividade administrativa eficiente para a sua realização, de forma a satisfazer padrões de qualidade em todos os serviços efetuados por órgãos públicos.

De todos esses princípios e da constatação da defasagem existente, quanto à falta ou ineficiência da atuação estatal, emerge, para o Ministério Público, o contínuo desafio de atuar com o objetivo permanente de promover a superação da enorme distância entre a ordem fundamental abstrata e a real situação em que se encontra a imensa maioria dos destinatários da proteção constitucional.

Sob outro ângulo, se não for possível ou recomendável aquela atuação acima evidenciada, será necessário o ajuizamento de uma ação, ou simplesmente consistir este ato a opção preferencial adotada pelo órgão ministerial.

Esta é a segunda atitude enquadrada nos moldes verificados pelo autor acima citado, o *demandista*, que prefere atuar perante o Poder Judiciário, na qualidade de agente processual, transferindo para este a incumbência de resolver o

problema. Mas mesmo no decorrer do processo também pode haver a possibilidade de solução consensual, com a formulação em juízo de acordos e termos de ajustamento de condutas firmados entre as partes.

Como mencionado anteriormente, a ação coletiva no âmbito do Direito nacional é relativamente nova comparativamente à tradição das ações individuais. Assim, dentro dessa nova dinâmica social e por via reflexa, também jurídica, avultam os interesses e direitos difusos e coletivos.

A matéria desperta grande interesse e diversos e acurados estudos têm sido elaborados sobre ela, sob a perspectiva do Direito Processual. Assim, como este não é o escopo deste trabalho, não serão aventadas as especificidades teóricas e de caráter processual de cada uma dessas categorias, cingindo-as ao tema objeto da pesquisa.

Neste momento apenas far-se-á menção ao elucidativo enquadramento efetuado por Rogério Nascimento em artigo anteriormente citado, o qual inicia por asseverar que o chamado direito à saúde é um rótulo que exprime um complexo de direitos individuais e transindividuais, semelhante, por exemplo, ao direito de acesso à justiça. Especifica, ademais, onde se inserem as categorias tradicionais de abrangência dos conceitos de direitos difusos e coletivos⁸² dentro das funções concernentes à saúde:

“o direito à promoção é um direito difuso exercido como regra em face do legislador, um direito a todos indistintamente assegurado de exigir programas de saúde, ou seja, de exigir um conjunto de ações dirigidas à finalidade de propiciar uma vida saudável, por exemplo, com oferta de saneamento e com medidas de vigilância epidemiológica tais como a coleta e a gestão dos dados sobre doenças, inclusive compulsória, se necessário.”⁸³

⁸² Tradicional e basicamente têm sido considerados a partir das definições que lhes foram sendo atribuídas pelas leis processuais referidas no item anterior, especialmente o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 81, incisos I, II e III: “I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

⁸³ NASCIMENTO, Rogério José Bento do. *Concretizando a Utopia: Problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável*. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 907.

No tocante ao direito à prevenção assevera ser de natureza essencialmente coletiva, pois,

“exercido como regra em face do executivo, significando o poder de exigir prestações afirmativas e negativas tais como a estruturação de uma rede de atenção básica em saúde, capaz de dar atendimento familiar e orientação, além de promover vacinação e adotar ações de polícia administrativa em vigilância sanitária, seja pela exigência prévia de autorização para certas atividades ou serviços, seja pela fiscalização e até a proibição de algumas práticas consideradas arriscadas para a saúde”.⁸⁴

Quanto ao direito individual, é relacionado à recuperação e a prestações afirmativas, exercido basicamente em relação ao Poder Executivo e à sociedade:

“contemplando o direito de exigir meios de diagnóstico e de tratamento para os males que atingem os seus titulares. Portanto, o que distingue os elementos nucleares do direito de acesso a saúde (promoção, prevenção e recuperação) não são as diferentes modalidades de prestação para satisfazê-los, pois estas se combinam, são, em primeiro lugar, as finalidades e, em segundo, os seus titulares”.⁸⁵

O Ministério Público tem uma importante e decisiva atuação quanto à defesa da saúde pública no Brasil, tanto assim que existe uma Associação dos membros do Ministério Público em Defesa da Saúde (AMPASA). Estes se reúnem periodicamente para discutir os temas afetos a essa importante área, sendo que na data de 27 de agosto de 2004, reunidos em Salvador, BA, o Ministério Público dos Estados e da União emitiram a *Carta de Salvador em Defesa da Saúde*, onde destacaram os principais pontos destinados a uma atuação mais incisiva⁸⁶.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ “Considerando, entre outros aspectos, as dificuldades enfrentadas pelo Sistema Único de Saúde, dentre elas: insustentabilidade em face da falta de resolutividade da Atenção Básica; falta de efetividade do controle social; descumprimento sistemático da Emenda Constitucional nº 29/2000 e desvios de recursos que comprometem o financiamento do Sistema:

Aprovam os seguintes compromissos:

[...] 2. Propor a elaboração de Planos Institucionais com diretrizes, metas e prazos que priorizem a atuação do Ministério Público em Defesa da Saúde; 3. Priorizar, no âmbito do Ministério Público, as ações coletivas em defesa da saúde; [...] 5. Incentivar o fortalecimento da participação da comunidade no Sistema Único de Saúde; [...] 7. Priorizar a fiscalização do orçamento e financiamento do Sistema Único de Saúde nas três esferas governamentais, garantindo a implementação da Emenda Constitucional nº 29/2000, promovendo as medidas cabíveis para assegurar a regular aplicação dos recursos; 8. Recomendar a realização de audiências públicas periódicas para prestação de contas dos gestores perante os Conselhos de Saúde e instâncias legislativas (artigo 12 da Lei 8689/93); 9. Priorizar na fiscalização do acesso aos serviços e ações de saúde, respeitados os princípios da universalidade, integralidade e resolutividade, a execução das ações e serviços de Atenção Básica; [...] 12. Fomentar a imediata implantação do Cartão Nacional SUS de modo a garantir maior transparência ao Sistema e melhor alocação dos seus

Igualmente foi adotada providência a fim de uniformizar os procedimentos do Ministério Público Federal com a finalidade de se buscar maior eficiência em âmbito global, editando-se o *Manual de Atuação relativo a Medicamentos Excepcionais*⁸⁷.

Isto em razão de que as verbas para a respectiva aquisição, em sua maior parte, são repassadas pela União aos Estados da Federação, os quais não efetuam essa obrigação de forma eficiente, ou por não aportarem a respectiva parcela para complementação desses recursos orçamentários ou por não executarem a atividade administrativa com eficiência, gerando repercussões no processo de judicialização, conforme objeto de análise específica em Capítulo próprio.

recursos; 13. Recomendar o incremento das ações de Vigilância Sanitária e Epidemiológicas e a qualificação dos profissionais do SUS para o diagnóstico, tratamento e encaminhamento adequado de grupos específicos, tais como: trabalhadores, idosos, crianças, mulheres, negros e indígenas e pessoas portadoras de deficiência e 14. Fomentar a aplicação da Lei nº 10.216/2001”. Acessível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/publicacoes/docs-relatorios-cartas/carta_salvador.pdf>.

⁸⁷ ESMPU – *Manuais de Atuação – Medicamentos excepcionais - Ministério Público Federal – Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão*. DANTAS, Nara Soares e ROCKENBACH, Ramiro da Silva. Brasília, DF, 2006. Acessível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/saude/Manual%20Medicamentos%20Excepcionais%20-%203a%20revisao.pdf>>.